Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen en het algemeen pensioenfonds

seo economisch onderzoek

Amsterdam, september 2015
In opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en het Ministerie van Financiën

Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen en het algemeen pensioenfonds

Drs. L. Kok (SEO Economisch Onderzoek)
Prof. dr. S.G. van der Lecq (Ecovisie)
Prof. dr. E. Lutjens (VU, Expertisecentrum Pensioenrecht)
N. Rosenboom, MSc (SEO Economisch Onderzoek)
Dr. B. Tieben (SEO Economisch Onderzoek)
Mr. I. Witte (VU, Expertisecentrum Pensioenrecht)

VU VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM
Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Vrije Universiteit *Amsterdam*
Expertisecentrum Pensioenrecht

Ecovisie
Economie in ruime zin

seo economisch onderzoek

Rapport nr. 2015-70

ISBN 978-90-6733-788-5

Conclusies

De aanleiding voor dit onderzoek is gelegen in het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds. Dit onderzoek richt zich op de mogelijke aanpassing van verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds, waardoor ook een algemeen pensioenfonds een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling kan uitvoeren. De aanpassing houdt in dat de verplichtstelling alleen geldt voor de bedrijfstakpensioenregeling en niet ook voor het bedrijfstakpensioenfonds als de uitvoerder van de regeling.

Het verplichtstellen van alleen de bedrijfstakpensioenregeling is niet in strijd met het mededingingsrecht. Om de uitvoering door één pensioenuitvoerder voor de gehele collectiviteit die onder de verplichtgestelde pensioenregeling valt mogelijk te maken, is een aanvullende wettelijke maatregel vereist om bedrijfstakbrede binding aan die uitvoerder tot stand te brengen. Ook dergelijke aanvullende maatregelen zijn niet in strijd met het mededingingsrecht omdat het gaat om een dienst van algemeen economisch belang en het bindend opleggen noodzakelijk is om een solidaire regeling uit te kunnen voeren. De uitvoerder kan een algemeen pensioenfonds, een bedrijfstakpensioenfonds of een andere toegelaten zowel Nederlandse als buitenlandse uitvoerder zijn. Een aandachtspunt kan ontstaan indien het algemeen pensioenfonds zijn positie vanwege het uitsluitende recht om de verplichtgestelde pensioenregeling uit te voeren, zou gaan gebruiken om andere activiteiten te subsidiëren. Het enkele ontplooien van andere activiteiten binnen het algemeen pensioenfonds die ook de verplichtstelling uitvoert, is echter (nog) geen misbruik. Onder omstandigheden zou er misbruik van machtspositie door de uitvoerder kunnen ontstaan en zijn maatregelen nodig dat te voorkomen. Zolang er voldoende pensioenuitvoerders op de markt actief zijn, zal van een machtspositie echter niet snel sprake zijn en misbruik zich niet snel voordoen.

De trend naar consolidatie zal door aanpassing van de verplichtstelling worden versterkt. Er blijven naar verwachting voldoende spelers op de markt voor effectieve concurrentie. Algemeen pensioenfondsen opgericht door verzekeraars kunnen een concurrentienadeel hebben op deze markt omdat zij een kleinere schaal hebben dan algemeen pensioenfondsen die vanuit een groot bedrijfstakpensioenfonds ontstaan en minder banden met de vragers op deze markt, de sociale partners. In economisch opzicht leidt dit niet tot een probleem, omdat de prestaties van de markt er niet onder lijden. Er blijven naar verwachting voldoende spelers op de markt voor effectieve concurrentie.

Samenvatting

De aanleiding voor dit onderzoek is gelegen in het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds. De vraag is opgekomen of ook het algemeen pensioenfonds als uitvoerder van een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling toegelaten zou moeten worden. Dit onderzoek richt zich op de mogelijke aanpassing van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds, zoals thans vormgegeven in de Wet Bpf 2000. De koppeling tussen de collectieve pensioenregeling voor een bedrijfstak en de uitvoering door het bedrijfstakpensioenfonds wordt losgelaten. Door het loslaten van die koppeling kan een algemeen pensioenfonds een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling uitvoeren, maar ook een bedrijfstakpensioenfonds of een andere toegelaten uitvoerder kan als uitvoerder van de verplichtgestelde regeling optreden. Dit rapport onderzoekt of deze aanpassing toelaatbaar is onder het mededingingsrecht. Daarnaast onderzoekt het rapport de gevolgen voor de marktordening. De kernpunten van de te beantwoorden onderzoeksvragen zijn:

1. *Mededinging*: De aanpassing van de verplichtstelling moet worden getoetst aan het Europees en nationaal mededingingsrecht.
   a. Vraag is ten eerste of bij aanpassing de verplichtstelling nog kan worden gelegitimeerd als dienst van algemeen economisch belang, hetgeen een voorwaarde is om de uitzondering op het verbod tot beperking van de mededinging te rechtvaardigen.
   b. Ten tweede is de vraag wat de mededingingsrechtelijke gevolgen zijn wanneer het algemeen pensioenfond een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling mag uitvoeren.
   c. Ten derde toetst het onderzoek verschillende alternatieve scenario's voor de aanpassing van de verplichtstelling aan de voorwaarden van het mededingingsrecht.
2. *Marktordening*: De concurrentie tussen pensioenuitvoerders zal veranderen bij een andere inrichting van de verplichtstelling.
   a. Welk mechanisme is nodig voor het realiseren van keuzevrijheid van de pensioenuitvoerder in de aangepaste verplichtstelling? Dit betreft de vraag hoe de markt voor de keuze van de pensioenuitvoerder van verplichtgestelde pensioenregelingen in een bedrijfstak gaat werken.
   b. Ontwikkeling van de markt. Welke spelers komen er op de markt? De vraag is daarbij onder andere of de transitie naar een algemeen pensioenfonds leidt tot het weer zelf uitvoeren van werkzaamheden door pensioenuitvoerders (herzaffing) in plaats van uitvoering door een uitvoeringsbedrijf (ontzaffing).
   c. Wat betekent de aanpassing van de verplichtstelling voor de concurrentieverhoudingen tussen verschillende typen pensioenuitvoerders zoals verzekeraars en algemene pensioenfondsen? Is marktverstoring een reëel probleem? Zijn maatregelen nodig om een eventueel ongelijk speelveld tussen pensioenuitvoerders te voorkomen?

Het onderzoek bestaat uit twee samenhangende delen. Het *eerste onderdeel* betreft de juridische analyse van de pensioenrechtelijke en mededingingsrechtelijke vragen. Bij dit onderdeel wordt ook aangestipt welke wijzigingen in wet- en regelgeving nodig zijn om de andere vormgeving van de verplichtstelling mogelijk te maken. Het *tweede onderdeel* richt zich op de marktordening.

Verplichtstelling en het mededingingsrecht

Wijziging van de verplichtstelling tot alleen de bedrijfstakpensioenregeling
Basisscenario
De huidige verplichtstelling van deelneming betreft de verplichte deelneming in een specifiek bedrijfstakpensioenfonds. In het basisscenario van dit onderzoek geldt de verplichtstelling alleen voor de bedrijfstakpensioenregeling en niet voor een specifieke uitvoerder van de pensioenregeling. Het basisscenario heeft het uitgangspunt dat er sprake is van één pensioenuitvoerder voor de gehele verplichtgestelde pensioenregeling, dus voor de collectiviteit van de daarin deelnemende bedrijfsgenoten. Die uitvoerder is niet een van te voren wettelijk aangewezen specifieke uitvoerder en kan een algemeen pensioenfonds zijn, maar ook een bedrijfstakpensioenfonds of een andere toegelaten pensioenuitvoerder.

Alternatieve scenario's
Het rapport onderzoekt vier alternatieve scenario's. In de alternatieve scenario's wordt bezien wat de mogelijkheden en gevolgen zijn van het onderbrengen van de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling ter keuze van afzonderlijke werkgevers of deelnemers. Het valt te verwachten dat de marktdynamiek anders is dan bij het basisscenario, waar de verplichtgestelde pensioenregeling door de sociale partners bij één pensioenuitvoerder wordt ondergebracht.

Onderzoeksvraag 1: Toetsing van aanpassing van de verplichtstelling aan het mededingingsrecht.

Vraag 1a: Vraag is ten eerste of bij aanpassing de verplichtstelling nog kan worden gelegitimeerd als dienst van algemeen economisch belang, hetgeen een voorwaarde is om de uitzondering op het verbod tot beperking van de mededinging te rechtvaardigen.
Het verplichtstellen van alleen de deelneming in een pensioenregeling, is niet in strijd met het mededingingsrecht.

Om de uitvoering door één pensioenuitvoerder voor de gehele collectiviteit die onder de verplichtgestelde regeling valt mogelijk te maken, is een aanvullende wettelijke maatregel vereist om bedrijfstakbrede binding aan die uitvoerder tot stand te brengen. Ook dergelijke aanvullende maatregelen zijn niet in strijd met het mededingingsrecht omdat het gaat om een dienst van algemeen economisch belang en het bindend opleggen noodzakelijk is om een solidaire regeling uit te kunnen voeren. De uitvoerder kan een algemeen pensioenfonds, een bedrijfstakpensioenfonds of een andere toegelaten zowel Nederlandse als buitenlandse uitvoerder zijn.

Het opdragen door sociale partners bij cao van het uitvoeren van de verplichtgestelde pensioenregeling aan een algemeen pensioenfonds valt onder de cao-uitzondering op het mededingingsrecht. Er is geen verschil tussen de keuze voor een algemeen pensioenfonds of een andere toegestane uitvoerder wat dat betreft. Het bindend opleggen van de uitvoerder die sociale partners bij cao zijn overeengekomen leidt op zich evenmin tot strijd met het mededingingsrecht. Hiervoor geldt evenals bij een andere uitvoerder de vrijheid van de lidstaten bij het inrichten van hun sociale stelsel.

Vraag 1b: Wat zijn de mededingingsrechtelijke gevolgen wanneer het algemeen pensioenfond een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling mag uitvoeren?
Een bedrijfstakbrede binding aan één uitvoerder is in principe niet in strijd met het mededingingsrecht. Een dergelijke binding leidt niet tot verboden staatssteun. Onder omstandigheden zou er misbruik van machtspositie door de uitvoerder kunnen ontstaan en zijn maatregelen nodig dat te voorkomen. Zolang er voldoende pensioenuitvoerders op de markt actief zijn, zal van een machtspositie niet snel sprake zijn en misbruik zich niet snel voordoen.

Het verlenen van een exclusief recht aan een algemeen pensioenfonds op zichzelf is daarom niet in strijd met het mededingingsrecht. Het uitvoeren van een bindend opgelegde pensioenregeling zelf kan kwalificeren als dienst van algemeen economisch belang, waarvoor een beperking van de mededinging is gerechtvaardigd. Wel moeten cao-partijen evenals de overheid die de cao-bepaling bindend oplegt er alert op zijn dat deze uitvoerder, bijvoorbeeld een algemeen pensioenfonds, niet tot er een misbruik van een eventuele machtspositie wordt gebracht of niet voldoet aan de behoeften van de betrokken werknemers.

Het algemeen pensioenfonds kan ook zelf(standig) misbruik van een eventuele machtspositie maken. Dat kan het geval zijn indien het algemeen pensioenfonds zijn positie vanwege het uitsluitende recht om de verplichtgestelde pensioenregeling uit te voeren, zou gaan gebruiken om andere activiteiten te subsidiëren. Het enkele ontplooien van andere activiteiten binnen het algemeen pensioenfonds die ook de verplichtstelling uitvoert, is echter (nog) geen misbruik.

Juridisch springt vooral de vraag naar de gunstiger uitgangspositie van een algemeen pensioenfonds dat een verplichtstelling uitvoert in het oog. Een gunstiger uitgangspositie is relevant omdat een algemeen pensioenfonds anders dan een ondernemingspensioenfonds of een bedrijfstakpensioenfonds voor iedere werkgever de pensioenregeling kan uitvoeren ofwel vrijelijk de markt op kan. Een ondernemingspensioenfonds en een bedrijfstakpensioenfonds kunnen dat vanwege (met name) de domeinafbakening niet. Wat betreft het bedrijfstakpensioenfonds zij hierbij evenwel opgemerkt dat een bedrijfstakpensioenfonds voor meer dan één bedrijfstak mag werken, daarbinnen contractuele aansluitingen van een enkele werkgever kan aanvaarden via het sluiten van een uitvoeringsovereenkomst of binding aan een uitvoeringsreglement in de zin van de Pensioenwet. Aldus geldt bij de huidige stand van wetgeving in ieder geval in theorie geen harde domeinbeperking voor een bedrijfstakpensioenfonds en kunnen zich bij uitvoering van een verplichtgestelde pensioenregeling door een bedrijfstakpensioenfonds vergelijkbare mededingingsrechtelijke vragen voordoen. Een gunstiger uitgangspositie van het algemeen pensioenfonds kan ook ontstaan doordat grote (verplichtgestelde) bedrijfstakpensioenfondsen zich tot een algemeen pensioenfonds zouden willen omvormen. Een gunstiger uitgangspositie op zich is echter niet relevant. Uiteindelijk is voor het mededingingsrecht van belang of er misbruik van een machtspositie optreedt dan wel op zou kunnen treden. Aanvullende maatregelen moeten dan vanuit juridisch perspectief gericht zijn op het voorkomen en bestrijden van misbruik. Dat misbruik zou met name in geval van kruissubsidiëring kunnen ontstaan.

De conclusie is dan dat het onderbrengen van een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling bij een algemeen pensioenfonds op zich niet in strijd met het mededingingsrecht. Wel verdient het voorkomen van mogelijk misbruik van machtspositie nadere aandacht en kunnen daartoe aanvullende maatregelen worden overwogen.

Vraag 1c. Ten derde toetst het onderzoek verschillende alternatieve scenario's voor de aanpassing van de verplichtstelling aan de voorwaarden van het mededingingsrecht. Dit betreft een doorkijk waarbij per alternatief scenario een vergrote mate van keuzevrijheid ten aanzien van de pensioenuitvoerder aan de orde is. Deze alternatieve scenario's zijn niet in strijd met het mededingingsrecht. Indien geen verplichte collectieve binding aan één pensioenuitvoerder tot stand wordt gebracht, brengt het vrije verkeer van diensten mee dat ook pensioeninstellingen uit een andere lidstaat en verzekeraars met zetel buiten Nederland moeten worden toegelaten als mogelijke uitvoerders.

Onderzoeksvraag 2: Gevolgen van de aanpassing van de verplichtstelling voor de marktordening.

Vraag 2a: Hoe gaat de markt werken?
De aanpassing van de verplichtstelling maakt vrije keuze van een uitvoerder van een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling mogelijk. Daarmee ontstaat concurrentie 'om de pensioenregeling' te vergelijken met concurrentie 'om de markt' zoals die plaatsvindt in bijvoorbeeld infrastructurele markten.

In de huidige situatie is er sprake van een sterke verbinding tussen de cao-partners en het pensioenfondsbestuur van het bedrijfstakpensioenfonds dat een verplichtgestelde pensioenregeling uitvoert. Weliswaar worden personele unies in toenemende mate vermeden, er zijn nog steeds relaties via de sociale partners die aan de cao-tafel en aan de pensioenbestuurstafel zitten. Dit verandert in het basisscenario, waar cao-partners de verplichtgestelde pensioenregeling onderbrengen bij een pensioenuitvoerder die niet van tevoren vaststaat. Deze relatie is daarom niet meer 'in beginsel oneindig' maar is 'voor bepaalde termijn, met mogelijkheid tot verlenging'. Dit leidt tot risico's van 'gaming': aantrekkelijk gedrag tijdens en na de gunningsfase, daarna uitvoeren en vervolgens 'end gaming' op basis van de wens al dan niet verlenging te realiseren. Hierdoor ontstaat ook een risico op onderinvestering in de relatie (hold-up-probleem).

Baten betreffen de voordelen van specialisatie naar taken. De pensioenuitvoerder kan zich helemaal toeleggen op het uitvoeren van pensioenregelingen en schaalvoordelen behalen door dit voor verscheidene pensioenregelingen te verzorgen. Door de overstapmogelijkheid zullen personele unies (nog) minder vaak voorkomen. Daardoor is het gemakkelijker voor een pensioenuitvoerder om een pensioenregeling kritisch te beoordelen op uitvoerbaarheid alvorens te offreren. Bovendien loopt de pensioenuitvoerder bij problemen een reputatierisico dat niet kan worden afgewenteld op de 'eigen' sociale partners. Daardoor zullen pensioenregelingen die eigenlijk niet financieel duurzaam zijn, minder gauw in uitvoering worden genomen.

Sociale partners moeten niet alleen de pensioenregeling overeenkomen, maar deze ook dermate compleet maken dat het valt onder te brengen (dat het 'uitbesteedbaar' wordt) op de uitvoeringsmarkt. De pensioenregeling wordt daarmee als het ware een bestek waarop pensioenuitvoerders inschrijven. Daardoor kunnen er weinig open normen worden gehanteerd, maar zullen veelal specifieke gedragsregels (Service Level Agreements; al dan niet binnen bandbreedtes) worden geformuleerd. De pensioenregeling wordt daardoor completer en het bestuur van de pensioenuitvoerders heeft minder discretionaire ruimte.

Tijdens de uitvoering moeten de sociale partners monitoren of de pensioenuitvoerder de pensioenregeling naar wens uitvoert. Dit lijkt een gecompliceerde rol te zijn. Dit komt door de veelheid aan aspecten, afwegingen en belangen. Hoewel de pensioenregeling compleet genoeg gemaakt moet worden om uitbesteed te kunnen worden, kan een pensioenregeling nooit geheel compleet zijn, omdat niet alle toekomstige situaties van te voren gespecificeerd kunnen worden. Wanneer het contract is verlopen en er opnieuw een overeenkomst tot uitvoering moet worden aangegaan, moeten hiervoor voorbereidingen worden getroffen. Dit vergt kosten voor juridisch advies, consultants, et cetera. Uitvoerders moeten investeren in marketing en dergelijke. Ook ingeval de pensioenregeling uiteindelijk bij dezelfde pensioenuitvoerder blijft ondergebracht, moeten dergelijke specificatie- en onderbrengkosten worden gemaakt. De uitvoeringskosten worden dan ook navenant hoger ten opzichte van de huidige situatie.

Daarnaast zijn er overstapkosten. Een belangrijk bron van overstapkosten wordt gevormd door het overdragen van de activaportefeuille van de pensioenuitvoerder. Er zijn wisselende schattingen van de omvang van deze overstapkosten.

Vraag 2b: Ontwikkeling van de markt.

Er kunnen verschillende typen algemeen pensioenfondsen ontstaan indien verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zich ook mogen omvormen tot algemeen pensioenfonds, dan wel hun verplichtgestelde pensioenregeling bij een algemeen pensioenfonds mogen onderbrengen. Hierbij valt te denken aan onder andere de volgende typen:

Type 1: het algemeen pensioenfonds als gezamenlijke dienstverlener

Dit type algemeen pensioenfonds is een soort gezamenlijk bestuursbureau en het wordt opgericht door een uitvoeringsbedrijf. Het is vooral bedoeld om te profiteren van schaalvoordelen op bestuursniveau die leiden tot besparingen op de kosten van bedrijfsvoering (bijvoorbeeld legal, reporting, compliance) en fungeert daarmee als gezamenlijke dienstverlener. Na oprichting van een algemeen pensioenfonds, waarin de aandeelhouder van het uitvoeringsbedrijf en eventueel andere fondsen worden ondergebracht, is de klantenkring van het uitvoeringsbedrijf (min of meer) gelijk aan de verzameling van collectiviteitkringen in het algemeen pensioenfonds. De rationale voor een afzonderlijk uitvoeringsbedrijf is daarmee kleiner geworden, maar herzaffing[1] zal mogelijk plaatsvinden als het algemeen pensioenfonds meer grip op het uitvoeringsbedrijf wil hebben. Met andere woorden: de sociale partners van de grote collectiviteitkringen in het algemeen pensioenfonds krijgen dan zeggenschap over het uitvoeringsbedrijf. Deze behoefte lijkt niet bij alle grote verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen te bestaan. Daarom lijkt grootschalige herzaffing geen groot risico.

Type 2: het algemeen pensioenfonds als consolidatievehikel voor magneetfondsen

Hierbij gaat het om een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds dat zich omvormt naar een algemeen pensioenfonds. Binnen het algemeen pensioenfonds wordt deze verplichtgestelde pensioenregeling de grootste kring. Vervolgens worden in het algemeen pensioenfonds sectoraal verwante pensioenregelingen aangetrokken. Op deze manier kan de 'eigenheid' van de verruimde sector in stand worden gehouden. Het voormalige bedrijfstakpensioenfonds fungeert als 'magneet-

[1] Herzaffen is het opnieuw gaan uitvoeren van de regeling door de pensioenuitvoerder zelf. Een zaf is een zelfadministrerend fonds, maar de term heeft niet alleen betrekking op de administratieve uitvoeringsdiensten.

fonds'. Deze voormalig ondernemingspensioenfondsen en eventueel niet-verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen profiteren van de schaalvoordelen van het gezamenlijke bestuur en van de gemeenschappelijke cultuur en sectorkennis. Het algemeen pensioenfonds neemt diensten af van het uitvoeringsbedrijf dat eigendom is van de verplichtgestelde pensioenregeling. Door de werking van de magneetfondsen ontstaan sectorale algemeen pensioenfondsen. Deze sectoren zijn groter dan de huidige bedrijfstakken. Te denken valt aan sectoren als techniek, transport, voeding en financiële diensten. Het algemeen pensioenfonds lijkt dan feitelijk op een vrijwillig bedrijfstakpensioenfonds, zij het dat er ook één of enkele verplichtgestelde pensioenregelingen in zitten. Ook hier is niet vanzelfsprekend sprake van herzaffing. Het is eerder zo dat het uitvoeringsbedrijf er nu een andersoortige klant bij heeft gekregen met een andere structuur (bestuur en ringfencing), naast de bedrijfstakpensioenfondsen en ondernemingspensioenfondsen die het bedient (multi-client).

Type 3: het algemeen pensioenfonds als sectoralisatie-vehikel voor grote verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen
Grote verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen kunnen hun pensioenregeling onderbrengen bij een algemeen pensioenfonds en vervolgens differentiatie aanbrengen voor diverse subgroepen van hun collectiviteitkring. Andere pensioenregelingen zijn hier in beginsel niet welkom. Voor de uitvoeringsdiensten (zoals verleend door het uitvoeringsbedrijf) verandert er dan weinig. De schaalvoordelen van het uitvoeringsbedrijf kunnen onverminderd worden benut.

Vraag 2c: Is marktverstoring een reëel probleem?
Het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds houdt het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds buiten de reikwijdte van het algemeen pensioenfonds. In het wetsvoorstel worden verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen uitgesloten omdat er anders sprake zou zijn van marktverstoring als gevolg van een 'ongelijk speelveld' voor algemeen pensioenfondsen die een pensioenregeling van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen uitvoeren en algemeen pensioenfondsen die dat niet doen.

Een 'gelijk speelveld' gaat er van uit dat voor alle spelers op de markt gelijke regels gelden. Met 'regels' worden alle vormen van overheidsbeleid bedoeld, zoals wetgeving en subsidies. Een gelijk speelveld gaat echter niet uit van gelijke uitkomsten. Alleen wanneer een gelijk speelveld in termen van regels niet leidt tot een optimaal presterende markt is er aanleiding om te corrigeren voor verschillen in uitkomst. Om de vraag te beantwoorden moet dus zowel worden gekeken naar verschillen in de concurrentiepositie tussen spelers als naar het effect daarvan op de mate van concurrentie in de markt.

Is er sprake van een ongelijk speelveld?
In termen van regels is er sprake van een gelijk speelveld. Voor algemeen pensioenfondsen die verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen uitvoeren gelden dezelfde regels als voor algemeen pensioenfondsen die geen verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen uitvoeren. Elk algemeen pensioenfonds kan een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling uitvoeren.

Er is geen gelijk speelveld in termen van uitkomsten, doordat in de uitgangspositie aanbieders verschillende kenmerken hebben. Algemeen pensioenfondsen die een verplichtgestelde pensioenregeling uitvoeren hebben mogelijk schaalvoordelen, waardoor zij meer klanten kunnen trekken. Of een algemeen pensioenfonds dat een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling uitvoert hieruit een concurrentievoordeel kan halen hangt af van (1) de omvang van de collectiviteitkring van de verplichtgestelde pensioenregeling en (2) de mate waarin de voordelen van een grote schaal zich

uitstrekken buiten de collectiviteitkring. Niet alle verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen hebben een grote schaal. Alleen op grond van de verplichtstelling bedrijfstakpensioenregelingen uitsluiten van aansluiting bij een algemeen pensioenfonds is daarom een bot instrument. Empirisch is er hard bewijs dat een grote collectiviteitkring leidt tot lagere administratieve kosten en beleggingskosten, maar er is geen duidelijkheid in hoeverre zich dit vertaalt naar lagere kosten van andere collectiviteitkringen binnen het algemeen pensioenfonds. Het lijkt wel waarschijnlijk dat een algemeen pensioenfonds dat een grote verplichtgestelde pensioenregeling uitvoert een kostenvoordeel heeft, boven algemeen pensioenfondsen die dat niet doen. Hoe groot dit voordeel is, is onduidelijk.

Verder kunnen algemeen pensioenfondsen die zijn opgericht vanuit een pensioenfonds een concurrentievoordeel hebben doordat zij meer banden hebben met sociale partners. Zoals hierboven is geschetst, is er in de huidige situatie een sterke verbinding tussen de cao-partners en het pensioenfondsbestuur van het bedrijfstakpensioenfonds dat een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling uitvoert. Bij keuze voor een uitvoerder zijn daardoor de algemeen pensioenfondsen die zijn opgericht vanuit de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen in het voordeel. De sociale partners kennen de bestuurders van deze algemeen pensioenfondsen goed en zullen hun verplichtgestelde pensioenregeling dus eerder bij hen laten uitvoeren. Dit levert vooral een verschil in concurrentiepositie op met verzekeraars, die deze banden met sociale partners niet hebben. In de toekomst zullen personele unies afnemen maar in de beginfase bij de openstelling van het algemeen pensioenfonds leidt dit tot een concurrentievoordeel van algemeen pensioenfondsen die verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen uitvoeren. Daarnaast is een voordeel voor een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds dat zich omvormt tot een algemeen pensioenfonds dat met betrekking tot het verplichtgestelde deel geen marketingkosten hoeven te worden gemaakt voor niet gebonden werkgevers.

Anderzijds kunnen ook kleine spelers, zoals verzekeraars, een goede marktpositie verwerven. Het kan bijvoorbeeld zijn dat zij een betere dienstverlening bieden, waardoor sociale partners toch voor een kleine speler kiezen. Kleine spelers kunnen nichespeler worden en op die manier overleven in de markt.

Het ongelijke speelveld in termen van uitkomsten is op zich niet voldoende reden om in te grijpen op de markt. Dit is alleen het geval wanneer dit de prestaties van de markt negatief beïnvloedt.

Gevolgen voor de mate van concurrentie
De gevolgen voor de mate van concurrentie zullen afhangen van het type algemeen pensioenfondsen die ontstaan.

- *Type 1: Het algemeen pensioenfonds als gezamenlijke dienstverlener.*
  Dit type algemeen pensioenfonds zal als uitvoerder van verplichtgestelde pensioenregelingen in beperkte mate voor extra concurrentiedruk zorgen. Het zal de tendens naar concentratie in de markt voor pensioenuitvoering versterken. Kern van dit scenario is de dienstverlening aan de kringen van het algemeen pensioenfonds.
- *Type 2*: *Algemeen pensioenfonds als consolidatievehikel voor magneetfondsen.*
  Dit zijn sectorale algemeen pensioenfondsen, die de concentratiegraad in de markt voor pensioenuitvoering vergroten. Van groot belang voor het effect op de mate van concurrentie is de relatieve omvang van de magneetfondsen. Stel dat tien magneetfondsen van ongeveer gelijke omvang de markt voor pensioen gaan domineren. In dit geval is de dominantie van deze tien

magneetfondsen geen aanleiding voor scheve concurrentieverhoudingen als gevolg van een te hoge concentratiegraad. Bij een scenario waarin twee magneetfondsen de helft van de markt gaan bedienen met een evenredige verdeling van de overige helft van de markt over de acht andere magneetfondsen, is de concentratiegraad nog steeds gemiddeld. Herzaffing zou via de band van de verticale integratie tot grotere concentratie kunnen zorgen, maar de impuls voor herzaffing wordt gering geacht.

- *Type 3*: *Het algemeen pensioenfonds als sectoralisatie-vehikel voor grote verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen.*
  De nadruk in dit model ligt op differentiatie binnen het algemeen pensioenfonds. Andere pensioenregelingen zijn hier in beginsel niet welkom. Dit scenario zal de concentratietendens in de markt voor pensioenuitvoering naar verwachting niet beïnvloeden, omdat de sectoralisatie voortkomt uit thans uniforme pensioenregelingen.

De conclusie voor de marktordening is in algemene zin dat de risico's voor marktverstoring gering lijken. Er blijft voldoende effectieve concurrentie in stand om te kunnen profiteren van kostenreducties als gevolg van concurrentie 'om de pensioenregeling'. Het is daarom niet waarschijnlijk dat er aanbieders ontstaan met een economische machtspositie. Zelfs als zulke aanbieders wel ontstaan hoeft dit nog geen bedreiging te zijn voor de concurrentieverhoudingen. Bepalend is dan de component gedrag: zal in mededingingsrechtelijk zin misbruik worden gemaakt van de economische machtspositie?

Gevolgen voor prestaties van de markt

De relevante prestatie-indicatoren zijn kwaliteit, innovatie en kosten. Over het algemeen zal concurrentie 'om de pensioenregeling' een prikkel zijn voor verbetering van de *kwaliteit* van de dienstverlening. Het netto-effect op *innovatie* is ongewis. Enerzijds heeft de pensioenuitvoerder minder prikkels tot innovatie. De resultaten daarvan komen immers doorgaans pas op langere termijn beschikbaar, terwijl de pensioenregeling dan wellicht al elders is ondergebracht (hold-up-probleem). Anderzijds kan de pensioenuitvoerder concurreren door innovatief te blijven.

Empirische studies uit verschillende sectoren tonen aan dat concurrentie 'om de markt' tot *kostenreducties* leidt. De mogelijkheid verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen onder te brengen bij een algemeen pensioenfonds vergroot de ruimte voor schaalvoordelen. In de huidige marktordening is via uitbesteding van diensten aan uitvoeringsbedrijven volop ruimte schaalvoordelen te benutten. Het algemeen pensioenfonds voegt aan de bestaande mogelijkheden onder andere schaalvoordelen toe op het vlak van het bestuur. Als de verhouding tussen schaalvergroting en concurrentie gezond blijft, kunnen de pensioenconsumenten als de uiteindelijke klanten van de pensioenuitvoerder profiteren van extra ruimte voor kostenreducties. Op basis van ervaringen van andere markten mag worden verwacht dat de mogelijkheid verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen onder te brengen bij een algemeen pensioenfonds een gunstig effect zal hebben op de uitvoeringskosten en de kwaliteit van de uitvoering. Zoals elders onderbouwd kunnen de uitvoeringskosten anderzijds ook omhoog gaan door overstapkosten, monitoringskosten, marketingskosten en open normen. Echter, wanneer er voldoende spelers overblijven wegen de voordelen van concurrentie vrijwel altijd op tegen nadelen.

Tot slot kan onvolledige informatie ertoe leiden dat de winnaar van de uitbesteding van de bedrijfstakpensioenregeling een prijs biedt die uiteindelijk verliesgevend zal blijken (winner's curse). Het

feit dat sommige pensioenuitvoerders geen ervaring hebben met het concurrentiemechanisme kan een 'winner's curse' in de hand werken. Dit zal negatieve gevolgen hebben voor de kwaliteit van de dienstverlening.

Is regulering van het speelveld noodzakelijk?
Als het algemeen pensioenfonds wordt opengesteld voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen komen er enkele grote spelers de markt op. Zij hebben een concurrentievoordeel ten opzichte van kleine spelers. Zij kunnen daardoor een groot marktaandeel vergaren waardoor de concentratie in de markt toeneemt. Het is echter niet waarschijnlijk dat de prestaties van de markt negatief worden beïnvloed. Ook wanneer algemeen pensioenfondsen verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen mogen uitvoeren wordt de concentratie op de markt niet te hoog. Er zullen daardoor niet snel machtsposities ontstaan. Specifieke regulering van de markt is daarom niet nodig.

Als er al machtsposities ontstaan, is de kans op misbruik klein omdat het aantal spelers op de markt voldoende blijft, waardoor misbruik niet snel lonend is. Wat misbruik betreft valt bij het algemeen pensioenfonds te denken aan kruissubsidiëring. Kruissubsidiëring komt in beeld indien de prijs die het algemeen pensioenfonds zou rekenen voor het uitvoeren van niet-verplichtgestelde regelingen lager zou liggen dan de gemiddelde variabele kosten, of indien de prijs beneden de gemiddelde totale kosten zou liggen en deze prijs is vastgesteld teneinde concurrentie uit te schakelen. Het staat niet bij voorbaat vast dat een dergelijke situatie reeds wordt voorkomen door de bestaande eisen uit het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds, als het toepassen van het financieel toetsingskader per collectiviteitkring, de aanvullende eisen ten aanzien van de kostentransparantie en de ringfencing per collectiviteitkring met de rangregeling. Door de grote schaal kan ook zonder onder de kostprijs te werken een lagere prijs worden gevraagd voor de dienstverlening. Uiteraard zal wel aan de eis van een kostendekkende premie bedoeld in artikel 128 Pensioenwet voldaan moeten zijn. Verder zal een algemeen pensioenfonds met een dergelijke strategie niet voldoende concurrenten van de markt kunnen weren om de concurrentie uit te schakelen.

Inhoudsopgave

1 Inleiding

Dit onderzoek bespreekt scenario's voor de mogelijke andere vormgeving van de verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenregeling. De kern van de andere vormgeving is dat de bedrijfstakpensioenregeling verplicht wordt gesteld, maar niet langer het bedrijfstakpensioenfonds als uitvoerder verplicht wordt aangewezen. Het juridische deel van het onderzoek toetst deze andere vormgeving van de verplichtstelling aan het Europees en nationaal mededingingsrecht en beziet de juridische haalbaarheid van de scenario's. Het economische deel analyseert de gevolgen van de scenario's voor de concurrentie op de betreffende pensioenmarkten.

1.1 Achtergrond

De aanleiding voor dit onderzoek is gelegen in het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds. De vraag is opgekomen of ook het algemeen pensioenfonds als uitvoerder van een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling toegelaten zou moeten worden. Dit onderzoek zich op de mogelijke aanpassing van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds, zoals thans vormgegeven in de Wet bedrijfstakpensioenfonds (Wet Bpf 2000). De koppeling tussen de collectieve verplichtgestelde pensioenregeling voor een bedrijfstak en de uitvoering door het bedrijfstakpensioenfonds wordt losgelaten. Door het loslaten van die koppeling kan een algemeen pensioenfonds een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling uitvoeren, maar ook een bedrijfstakpensioenfonds of een andere toegelaten uitvoerder kan als uitvoerder van de regeling optreden.

De huidige verplichtstelling houdt in dat de minister van SZW op verzoek van het georganiseerde bedrijfsleven de deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds verplicht kan stellen. Dit verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds voert dan voor de gehele bedrijfstak een pensioenregeling uit. Alle werkgevers in die bedrijfstak zijn dan verplicht pensioenpremie af te dragen aan het betreffende bedrijfstakpensioenfonds voor hun onder de verplichtstelling vallende werknemers.[2]

De verplichtstelling bestaat sinds 1949. De verplichtstelling heeft een drieledig doel:

- het voorkomen van concurrentie tussen werkgevers op de arbeidsvoorwaarde pensioen;
- het bewerkstelligen van solidariteit in een bedrijfstak ten aanzien van de pensioenregeling, en;
- het tegengaan van witte vlekken.[3]

Daarnaast creëert de verplichtstelling schaalvoordelen bij de uitvoering van de pensioenregeling en wordt er bespaard op de kosten die nodig zijn om klanten te verwerven[4]. Uit onderzoek blijkt dat een grotere schaal tot aanzienlijke kostenvoordelen leidt (Bikker 2013).

De keerzijde van de verplichtstelling is dat ondernemingen binnen een bedrijfstak geen keuze hebben als het gaat om de inhoud en de uitvoering van de pensioenregeling. Het beperkt daarmee de

2 Deze verplichting geldt ook voor zelfstandigen, indien die onder de verplichtstelling vallen.
3 Zie: E. Lutjens (1999).
4 In de pensioensector worden deze kosten veelal aangeduid als 'distributiekosten'. Marketingkosten kunnen hieronder worden begrepen.

concurrentie tussen pensioenuitvoerders, omdat de pensioenregeling bij het aangewezen bedrijfstakpensioenfonds moet worden uitgevoerd.

De rol van de verplichtstelling zoals die nu is vormgegeven, is onderwerp van aandacht bij het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds. Dit is aanleiding om mogelijke alternatieven voor de verplichtstelling te overwegen, aldus dat wel de bedrijfstakpensioenregeling verplicht wordt gesteld, maar niet meer het bedrijfstakpensioenfonds als uitvoerder. De koppeling tussen collectieve verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling en het bedrijfstakpensioenfonds als uitvoerder daarvan wordt losgelaten. Hierdoor zou – ook – een algemeen pensioenfonds een verplichte bedrijfstakpensioenregeling kunnen uitvoeren.

1.2 Vraagstelling

Het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en het ministerie van Financiën laten met dit rapport de beleidsmatige vraag onderzoeken of het mogelijk is om een algemeen pensioenfonds een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling te laten uitvoeren. Daartoe zou niet, zoals in de huidige wetgeving, de deelneming in een specifieke uitvoerder, het bedrijfstakpensioenfonds, verplicht gesteld moeten worden, maar slechts deelneming in de bedrijfstakpensioenregeling. De direct bij wet vastgelegde koppeling tussen verplichtgestelde pensioenregeling en pensioenuitvoerder wordt losgelaten. Daardoor zou ook een algemeen pensioenfonds een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling kunnen uitvoeren, maar ook kan dit een bedrijfstakpensioenfonds of andere toegelaten uitvoerder zijn. Deze andere vormgeving van de verplichtstelling roept vragen van mededingingsrechtelijke aard op.

- Bedrijfstakpensioenfondsen kunnen zich doordat zij een 'dienst van algemeen economisch belang' uitvoeren beroepen op een uitzondering op het kartelverbod (artikel 11, Mededingingswet). Vraag is of nog voldaan wordt aan de voorwaarden van deze uitzondering als de verplichtstelling wordt aangepast en vrije keuze wordt gelaten voor de pensioenuitvoerder van een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling.
- De mogelijkheid om algemeen pensioenfondsen toe te laten als uitvoerders van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen creëert schaalvoordelen maar kan als nadeel hebben dat er marktverstoring optreedt ten opzichte van andere pensioenuitvoerders zoals verzekeraars. Is marktverstoring een reëel probleem? Zijn maatregelen nodig om een eventueel ongelijk speelveld tussen pensioenuitvoerders te voorkomen? Deze vragen spelen eveneens indien uitvoeringsbedrijven zich op de markt voor uitvoering van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen binnen een algemeen pensioenfonds gaan begeven.

Deze vragen leiden tot de volgende onderzoeksvragen:

1. *Mededinging*: De aanpassing van de verplichtstelling moet worden getoetst aan het Europees en nationaal mededingingsrecht.
   a. Vraag is ten eerste of bij aanpassing de verplichtstelling nog kan worden gelegitimeerd als dienst van algemeen economisch belang, hetgeen een voorwaarde is om de uitzondering op het verbod tot beperking van de mededinging te rechtvaardigen.
   b. Ten tweede is de vraag wat de mededingingsrechtelijke gevolgen zijn wanneer het algemeen pensioenfond een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling mag uitvoeren.

   c. Ten derde toetst het onderzoek verschillende alternatieve scenario's voor de aanpassing van de verplichtstelling aan de voorwaarden van het mededingingsrecht.
2. *Marktordening*: De concurrentie tussen pensioenuitvoerders zal veranderen bij een andere inrichting van de verplichtstelling.
   a. Welk mechanisme is nodig voor het realiseren van keuzevrijheid van de pensioenuitvoerder in de aangepaste verplichtstelling? Dit betreft de vraag hoe de markt voor de keuze van de pensioenuitvoerder van verplichtgestelde pensioenregelingen in een bedrijfstak gaat werken.
   b. Ontwikkeling van de markt. Welke spelers komen er op de markt? De vraag is daarbij is onder andere of de transitie naar een algemeen pensioenfonds leidt tot het weer zelf uitvoeren van werkzaamheden door pensioenfondsen in plaats van feitelijke uitvoering door een uitvoeringsbedrijf.
   c. Wat betekent de aanpassing van de verplichtstelling voor de concurrentieverhoudingen tussen verschillende typen pensioenuitvoerders zoals verzekeraars en algemene pensioenfondsen? Is marktverstoring een reëel probleem? Zijn maatregelen nodig om een eventueel ongelijk speelveld tussen pensioenuitvoerders te voorkomen?

Het basisscenario in dit onderzoek betreft een vormgeving van de verplichtstelling, waarbij alleen de bedrijfstakpensioenregeling en niet (ook) de pensioenuitvoerder verplicht wordt gesteld en waarbij er voor de gehele collectiviteit die onder de verplichte pensioenregeling valt één pensioenuitvoerder wordt aangewezen. Naast het basisscenario geeft dit rapport een globale inschatting van de effecten in alternatieve scenario's, waarbij niet de gehele collectiviteit wordt ondergebracht bij één pensioenuitvoerder, maar waarin werkgevers of werknemers zelf een pensioenuitvoerder kunnen kiezen.

1.3 Methode van onderzoek

Het onderzoek bestaat uit twee samenhangende onderdelen.. Het *eerste onderdeel* betreft de juridische analyse van de pensioenrechtelijke en mededingingsrechtelijke vragen. Het *tweede onderdeel* richt zich op de marktordening. Bij dit onderdeel komt ook aan de orde of aanpassing in wet- en regelgeving nodig is om de markt te laten werken.

1.3.1 Juridische analyse

De juridische analyse is gericht op vragen van mededingingsrechtelijke aard. Het onderzoek licht toe welke normen behoren tot het hier relevante mededingingsrecht (en welke niet).

Bij de toetsing aan het mededingingsrecht staat niet de inhoud van de pensioenregeling centraal maar de binding daaraan (en aan de uitvoerder). De juridische analyse bespreekt de mogelijke bindingen. De keuze voor een bepaalde binding is verder van belang voor het al dan niet kunnen realiseren van één uitvoerder voor de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling, het uitgangspunt voor het basisscenario. Het zal blijken dat het uitgangspunt van één uitvoerder wettelijke maatregelen vereist.

De mededingingsrechtelijke duiding van de verplichtstelling is vervolgens toegepast op het basisscenario, waarbij alleen de pensioenregeling nog verplicht gesteld zou worden maar niet de uitvoerder. Voor de alternatieve scenario's is een doorkijk gegeven.

De beantwoording van de tweede kernvraag, die naar de gevolgen van het eventueel toelaten van het algemeen pensioenfonds als uitvoerder van een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling, toetst de mogelijkheid van het algemeen pensioenfonds als uitvoerder van een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling aan het mededingingsrecht. Ook kijkt de analyse naar mogelijke mededingingsrechtelijke gevolgen van de 'transitie' van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds dan wel diens uitvoeringsbedrijf naar een algemeen pensioenfonds. Daarbij gaat de analyse ook in op de deelvraag naar waarborgen voor de continuïteit van de uitvoering van een verplichtgestelde pensioenregeling door een algemeen pensioenfonds.

1.3.2 Economische analyse

Het basisscenario voor de aanpassing van de verplichtstelling wordt beoordeeld op uitvoerbaarheid, verwacht gedrag en resultaten. Hiermee wordt het S-C-P-paradigma gevolgd dat de wijzigingen van beleid aan de gevolgen voor de marktstructuur (*Structure*), het gedrag van de marktspelers (*Conduct*) en de het marktuitkomsten (*Performance*) koppelt. Deze elementen vormen een keten van oorzaak-gevolg relaties, die verklaren waarom een aanpassing van regelgeving zoals de verplichtstelling effect heeft op de werking van een markt. De aanpak voor het onderdeel marktordening loopt daarom systematisch de onderdelen na van het SCP model:

- *Marktstructuur*: Voor dit onderdeel is het nodig eerst de markt af te bakenen. Vervolgens wordt een analyse gemaakt van het effect van aanpassing van de verplichtstelling op de marktverhoudingen. We kijken dus of de concentratie toe- of afneemt en of de mogelijkheden voor toe- en uittreding wijzigen;
- *Gedrag*: De vervolgvraag is wat een gewijzigde marktstructuur voor invloed heeft op het gedrag van marktpartijen. Dit betreft bijvoorbeeld de strategie van de bedrijven om wel of niet rekening te houden met het prijsbeleid van concurrenten of gebruik te maken van mogelijke marktmacht om concurrenten van de markt te weren;
- *Prestatie*: Marktstructuur en gedrag tezamen bepalen vervolgens de uitkomst van het marktproces in termen van effectieve concurrentie, die bepalend is voor het welvaartseffect. Voor dit onderdeel worden de verwachten effecten op de prijsontwikkeling, kwaliteit en innovatie van de producten en diensten op de relevante markt geanalyseerd. Voor de prijsstelling is van belang of de kostenstructuur verandert als gevolg van de aanpassing van de verplichtstelling. Daarbij gaat het om directe kosten zoals de kosten van het onderbrengen of uitbesteden.

1.4 Leeswijzer

Hoofdstuk 2 bespreekt de huidige marktstructuur als input voor de economische analyse. Hoofdstuk 3 toetst het basisscenario vervolgens aan het mededingingsrecht en geeft een doorkijk naar alternatieve scenario's. Hoofdstuk 4 gaat in op de marktordeningsvraagstukken vanuit economisch perspectief.

Bijlage A geeft de voor dit onderzoek geïnterviewde personen weer. Bijlage B geeft een overzicht van de relevante jurisprudentie.

2 Marktstructuur pensioenmarkt

De partijen op de markt voor pensioenuitvoering zijn sociale partners aan de vraagkant, pensioenuitvoerders (onder andere pensioenfondsen en verzekeraars) aan de aanbodkant. Op de markt van uitvoeringsdiensten zijn pensioenuitvoerders de vraagkant en wordt de aanbodkant gevormd door pensioenuitvoeringsbedrijven als leveranciers van diensten aan pensioenuitvoerders.

2.1 De huidige markt

Voor het onderzoek naar de effecten op de marktordening is van belang te bepalen over welke markt er precies gesproken wordt. In de mededingingseconomie wordt dit normaliter gedaan door middel van een marktafbakening. Het begrip relevante markt is afkomstig uit het mededingingsrecht en begrenst de markt waarop een eventuele verstoring van de concurrentieverhouding merkbaar is. De afbakening vindt plaats op basis van de geografische en productkenmerken van de markt. Door gebrek aan data is dit niet mogelijk. Daarom wordt volstaan met het benoemen van de markten.

Pensioenketen

De pensioenproductieketen is toegelicht in Van der Lecq (2009, 2011). In de tweede pijler heeft het product pensioen zijn basis in het arbeidsvoorwaardenoverleg. In dit overleg bepalen sociale partners hoe de afspraken over inleg en pensioenpremie via een *pensioenregeling* wordt omgezet in een pensioenovereenkomst. Deze pensioenovereenkomst maakt onderdeel uit van de arbeidsovereenkomst en is daarmee contractueel bindend voor de werkgevers en werknemers die partij zijn bij de arbeidsovereenkomst. De verplichtstelling voor werkgevers en werknemers om in een bedrijfstakpensioenfonds deel te nemen ontstaat pas nadat de verplichtstelling daartoe is aangevraagd en toegekend.

De werkgever brengt de *uitvoering van de pensioenovereenkomst* onder bij een pensioenuitvoerder en sluit daarmee een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst (art. 23 Pensioenwet). De pensioenuitvoerder kan een pensioenfonds zijn, een premiepensioeninstelling (PPI) of een verzekeraar. Daarnaast zijn ook verzekeraars met een zetel buiten Nederland en pensioeninstellingen uit andere lidstaten bevoegd tot uitvoering van een pensioenovereenkomst. De pensioenuitvoerders hebben volgens artikel 32 Pensioenwet tot taak een pensioenovereenkomst uit te voeren.

De werkzaamheden ten behoeve van de uitvoering van de pensioenovereenkomst kunnen door de pensioenuitvoerder worden uitbesteed (artikel 34 Pensioenwet). Een zelfadministrerend pensioenfonds voert deze werkzaamheden zelf uit. Andere fondsen hebben de feitelijk uitvoering uitbesteed aan een pensioenuitvoeringsbedrijf (in het vervolg uitvoeringsbedrijf genoemd), dat een integraal pakket van uitvoeringsdiensten verleent. Ook pensioenverzekeraars en PPI's kunnen uitvoeringsdiensten verlenen.

Naast de uitvoeringsbedrijven die de uitvoering als integraal pakket uitvoeren zijn er *gespecialiseerde uitvoeringsbedrijven* zoals administratiekantoren en vermogensbeheerders. Zij opereren op deelmarkten binnen de pensioensector en concurreren met elkaar en de uitvoeringsbedrijven om de opdrachten van pensioenfondsen, PPI's en verzekeraars.

Aan de het eind van de keten staan de ultieme klanten: de *pensioenconsument*. Dit kunnen actieve deelnemers zijn die pensioenaanspraken verwerven of gewezen deelnemers met pensioenaanspraken (slapers). De gepensioneerden bevinden zich in de uitkeringsfase. Deze drie groepen zijn feitelijk klanten[5] van pensioenfondsen, PPI's en pensioenverzekeraars. De dienstverlening aan en het contact met de pensioenconsument verloopt soms in opdracht van deze partijen via de uitvoeringsbedrijven.

Pensioenmarkten
In deze keten vallen twee deelmarkten te onderscheiden:
- *Uitvoering* van de pensioenregeling: vragende partij: cao-partijen samen. Aanbod: pensioenuitvoerders (pensioenfondsen, PPI's, verzekeraars en eventuele buitenlandse uitvoerders).
- *Uitvoeringsdiensten*: vragende partijen: pensioenuitvoerders. Aanbod: uitvoeringsbedrijven en gespecialiseerde dienstverleners.

De geografische omvang verschilt per marktsegment. De markt voor pensioenregelingen is nationaal. De markt voor vermogensbeheer als gespecialiseerde uitvoeringsdienst is internationaal.[6] De nadruk in dit rapport zal liggen op de gevolgen van de verplichtstelling voor de markt voor de uitvoering van verplichtgestelde en niet-verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen.

2.2 Pensioenfondsen

Meer dan 90 procent van de werknemers bouwt aanvullend pensioen op bij een pensioenuitvoerder (Ministerie van SZW, 2013). Pensioenuitvoerders zijn in te delen in bedrijfstakpensioenfondsen, ondernemingspensioenfondsen, PPI's en verzekeraars. Daarnaast bouwen zelfstandige en niet-zelfstandige beoefenaren van sommige beroepen pensioen op bij beroepspensioenfondsen. In het eerste kwartaal van 2015 waren er 341 pensioenfondsen met een belegd vermogen van in totaal € 1.249 miljard.[7] In totaal waren er in 2013 5.535.431 actieve deelnemers in de pensioenfondsen.[8]

- *Bedrijfstakpensioenfonds*: dit is een pensioenfonds voor een of meer bedrijfstakken of delen daarvan. Bij bedrijfstakpensioenfondsen zijn de pensioenen van georganiseerde en niet-georganiseerde werknemers in een bedrijfstak ondergebracht. Wanneer de deelneming in een bedrijfs-

5 Ook de werkgever is een klant van het fonds, maar alleen in de opbouwfase van de aanspraken. Immers, de uitvoerder maakt het mogelijk dat de werkgever een pensioenregeling kan aanbieden en de werkgever betaalt daar het werkgeversdeel van de premie voor. Overigens is het mogelijk dat ook na het einde van de opbouw van aanspraken de werkgever nog premie verschuldigd is.
6 In zaak 6376 (concentratie ABP-Cordares) heeft de NMa (thans ACM) bijvoorbeeld de administratie van collectieve pensioenregelingen en het vermogensbeheer ervan als relevante markten afgebakend. De eerste markt is volgens de NMa geografisch gezien een nationale markt; de tweede een Europese en mogelijk een wereldwijde markt.
7 Stand per Q1 2015. Tabel 8.9 DNB Statistieken, laatste wijziging 11 juni 2015.
8 Geen recentere data beschikbaar. Zie: Tabel 8.6 DNB Statistieken, Laatste wijziging 15 september 2014.

takpensioenfonds verplicht gesteld is, zijn ook alle werknemers van ongeorganiseerde werkgevers en eventueel zelfstandigen in de bedrijfstak die onder de werkingssfeer van de verplichtstelling vallen verplicht tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds. In 2015 zijn er 69 bedrijfstakpensioenfondsen, met 4,9 miljoen actieve deelnemers.

- *Ondernemingspensioenfonds*: dit is een pensioenfonds voor een onderneming of een groep ondernemingen. Het multi-ondernemingspensioenfonds maakt het samengaan van verschillende ondernemingspensioenfondsen mogelijk. De onderneming is vrij in de keuze van een pensioenuitvoerder en de inhoud van de pensioenregeling. In 2015 zijn er 254 ondernemingspensioenfondsen, met circa 600.000 actieve deelnemers.
- *Beroepspensioenfonds*: dit is een pensioenfonds dat de pensioenen van zelfstandige en niet-zelfstandige beoefenaren van eenzelfde beroep uitvoert. In 2015 zijn er 12 beroepspensioenfondsen met circa 50.000 actieve deelnemers.
- *Verzekeraar*: werkgevers kunnen het pensioen voor hun werknemers door verzekeraars laten uitvoeren. Het aantal actieve deelnemers in een collectieve pensioenregeling bij verzekeraars was in 2012 1,17 miljoen.[9] Dit is een marktaandeel van 17 procent. De zes grote pensioenverzekeraars zijn Aegon, Avéro Achmea, Delta Lloyd, Generali, Nationale Nederlanden en Zwitserleven.
- *PPI*: een PPI is een pensioenuitvoerder die alleen een premieovereenkomst mag uitvoeren waarbij de PPI geen risico draagt. Volgens LNBB (2014) waren er eind 2013 tien PPI's actief met gezamenlijk 108.000 deelnemers. Volgens DNB hebben in 2015 12 PPI's een vergunning.[10] Recentelijk is bekend geworden dat 2 PPI's gaan fuseren.

Het overzicht in Tabel 2.1 laat zien dat het aantal pensioenfondsen sinds 2006 sterk is teruggelopen.

Tabel 2.1 Aantal onder toezicht staande pensioenfondsen

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Bedrijfstakpensioenfondsen verplicht	78	71	69	68	65	63	62	60	60	59
Bedrijfstakpensioenfondsen niet verplicht	25	25	26	19	17	14	12	12	9	10
Ondernemingspensioenfondsen	643	597	543	474	414	359	323	292	279	254
Ondernemingsspaarfondsen	7	7	4	5	5	5	4	5	5	5
Beroepspensioenfondsen	12	12	13	12	12	12	12	12	11	12
Speciale wetgeving	2	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Totaal	**767**	**713**	**656**	**579**	**514**	**454**	**414**	**382**	**365**	**341**

Bron: DNB (2015), Tabel 8.17 Onder toezicht staande pensioenfondsen. Cijfers ultimo jaar, behalve 2015 eerste kwartaal.

Een totaaloverzicht van marktaandelen van pensioenuitvoerders is niet te maken, aangezien hierover geen vergelijkbare data beschikbaar zijn. De vijf soorten uitvoerders die hierboven zijn beschreven, kunnen daardoor niet worden vergeleken in termen van aantallen deelnemers en/of be-

9 Verbond van Verzekeraars (2014), tabel 4.11, p. 61.

10 http://www.dnb.nl/toezichtprofessioneel/de-consument-en-toezicht/registers/WFTPP/index.jsp?&page=2&filter_value=2:54h%20Uitoefenen%20van%20het%20bedrijf%20van%20premiepensioeninstelling&filter_type=wetsartikel#overzicht

heerd vermogen. Bovendien zijn sommige uitvoerders gespecialiseerd in bepaalde soorten pensioenregelingen (bv. de PPI voert premieovereenkomsten uit, waarbij de PPI geen risico loopt) terwijl andere uitvoerders verscheidene soorten pensioenregelingen uitvoeren. Daardoor zijn er deelmarkten voor het uitvoeren van diverse typen pensioenregelingen. Dit is een bijkomende reden waarom relevante markten niet kunnen worden afgebakend, maar slechts benoemd.

Ook de beschrijving van de markt voor uitvoeringsdiensten wordt gehinderd door beperkte beschikbaarheid van openbare gegevens. Tabel 2.2 beschrijft de grootste uitvoeringsbedrijven en de pensioenfondsen waarvoor deze uitvoeringsbedrijven actief zijn. (Pensioen)vermogensbeheerders zoals Blackrock en Robeco ontbreken in dit overzicht aangezien deze partijen gespecialiseerde uitvoeringsbedrijven zijn.

Tabel 2.2 Overzicht uitvoeringsbedrijven en hun klanten (niet-uitputtend overzicht)

Uitvoeringsbedrijf	Integrale dienstverlening*	Beperkte dienstverlening**	Eigen PPI	# deelnemers
APG*	ABP, Bouw, Schoonmakers, schoonmaak- en glazenwassersector, woningcorporaties, energie- en nutsbedrijven en de sociale werkvoorziening		Samen met ABN Amro	4,5 miljoen
PGGM	PFZW, Stichting Pensioenfonds voor huisartsen, bedrijfstakpensioenfonds voor het Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf	Pensioenfonds voor Architectenbureaus, Pensioenfonds Particuliere Beveiliging, Smurfit Kappa	Rabo PGGM PPI	Ruim 2.5 miljoen
TKP		Multi cliënt: 30 pensioenfondsen (administratie en ondersteuning)	Cappital	1,8 miljoen
MN*		Pensioenfonds Metaal en Techniek (PMT), Pensioenfonds van de Metalektro (PME) en Bedrijfstakpensioenfonds voor de Koopvaardij (bedrijfstakpensioenfonds Koopvaardij)		Bijna 2 miljoen
Syntrus Achmea	Ruim 70 fondsen	Stichting Towers Watson PPI		Ruim 2 miljoen

* Pensioenbeheer, vermogensbeheer en bestuursadvisering
** Vermogensbeheer en bestuursadvisering
Bronnen: Jaarverslagen uitvoeringsbedrijven

2.3 Marktstructuur

Dit hoofdstuk gebruikt de concentratiegraad als maatstaf voor de marktstructuur en daarmee indirect als indicator voor de mate van concurrentie (zie Box 2.2). Er zijn geen gegevens die ons in staat stellen per pensioenuitvoeringsmarkt, zoals hierboven beschreven, de concentratiegraad te bepalen. Daarom berekent dit hoofdstuk de concentratiegraad voor de diverse categorieën van pensioenfondsen. Dit betreft de verplichtgestelde en de niet-verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen en de ondernemingspensioenfondsen. Vraag is wat de indicator is voor bepaling van het marktaandeel. In een product- of dienstenmarkt zou dit de omzet zijn. Op de pensioenmarkt vindt echter een betaling plaats (premie) in ruil voor aanspraak op een toekomstig inkomen, het pensioen. De verhouding tussen prijs en volume is daarmee echter niet eenduidig. Daarom bepaalt de analyse

marktaandelen op basis van de aantallen deelnemers en het beheerd vermogen. De analyse is gebaseerd op gegevens voor de 100 grootste pensioenfondsen.[11] Helaas zijn gegevens over alle pensioenfondsen niet beschikbaar. De HHI moet daarom worden geïnterpreteerd als ondergrens. Kleine pensioenfondsen hebben echter minimaal effect op deze indicator. Daardoor valt te verwachten dat de HHI weinig zou wijzigen in geval alle pensioenfondsen konden worden meegenomen in de berekening.

De bepaling van de concentratiegraad is input voor de economische analyse in de volgende hoofdstukken. Die hoofdstukken analyseren de invloed van de aanpassing van de verplichtstelling en de introductie van het algemeen pensioenfonds als uitvoerder van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen op de marktordening. Het referentiekader voor die analyse is de concentratie zoals hieronder is berekend voor de bestaande marktordening.

Box 2.2 Gangbare concentratiegraden

De C4-ratio en de Herfindahl-Hirschman Index (HHI) zijn veelgebruikte maatstaven om de concentratie in een markt te duiden. De C4-ratio geeft het gezamenlijke marktaandeel van de vier grootste partijen weer. Een C4 tussen de 0 en 0,5 impliceert een laag geconcentreerde markt. Een C4 tussen de 0,5 en 0,8 impliceert een matig tot sterk geconcentreerde markt. Een C4 tussen 0,8 en 1 impliceert een zeer sterk geconcentreerde markt.

De HHI bepaalt een mate van concentratie waarin rekening wordt gehouden met het marktaandeel van alle spelers en meer gewicht wordt gegeven aan de grootste spelers. De HHI wordt berekend door het optellen van de kwadraten van alle marktaandelen. Afhankelijk van de hoogte van de HHI is de markt geconcentreerd of minder geconcentreerd. Een HHI onder de 0,01 zal over het algemeen geen mededinging beperkend gevolg hebben; onder de 0,15 wijst op een niet geconcentreerde markt; tussen de 0,15 en 0,25 wijst op een gemiddeld geconcentreerde markt; boven de 0,25 wijst op een sterk geconcentreerde markt.

De C4-ratio maakt geen gebruik van de marktaandelen van alle ondernemingen in de markt. De C4-ratio geeft vooral een indicatie van het oligopolistische karakter van een markt. De HHI geeft een completer beeld van de concentratiegraad dan de C4.

Het gezamenlijk marktaandeel van de vier grootste ondernemingspensioenfondsen ligt tussen de 35 en 41 procent, afhankelijk van de indicator (zie Tabel 2.3). Deze 'markt' is niet geconcentreerd. De grote ondernemingspensioenfondsen zijn ten opzichte van bedrijfstakpensioenfondsen beperkt qua omvang. De HHI ligt met een waarde van ongeveer 0,05 ver onder het niveau dat hoort bij een markt waarop concentratie mogelijk problemen geeft voor de concurrentieverhoudingen.

Tabel 2.3 Concentratiegraad voor alleen ondernemingspensioenfondsen

	Beheerd vermogen	Aantal actieve deelnemers	Aantal deelnemers incl. gewezen deelnemers
C4	40,6%	37,0%	35,4%
HHI	0,06	0,05	0,05
Aantal pensioenfondsen in de berekening	53	53	53
Totaal	**€ 191.911.006.000**	**336.599**	**777.167**

Bron: SEO Economisch Onderzoek

[11] De Pensioenfederatie heeft voor de 100 grootste fondsen een overzicht gemaakt. http://www.pensioenfederatie.nl/services/erncijfers/jaarcijfers/Pages/default.aspx

Tabel 2.4 laat zien dat het gezamenlijk marktaandeel van de vier grootste pensioenfondsen voor verplichtgestelde en niet-verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen tussen de 50 en 75 procent ligt, afhankelijk van de indicator. Voor alleen de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is de concentratiegraad iets hoger. Als we kijken naar de marktaandelen qua deelnemers dan is de HHI met een waarde van circa 0,10 tot 0,15 een indicator voor een markt die niet geconcentreerd is. Op basis van het beheerd vermogen zou de HHI duiden op een markt die sterk geconcentreerd is. Deze berekening is gebaseerd op circa de helft van alle verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen, maar omdat het gaat om de grootste verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is de echte concentratiegraad dus iets lager dan hier is berekend. Als de kleinere verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen meegenomen zouden zijn in de berekening zou de HHI op basis van belegd vermogen niet duiden op een markt die sterk geconcentreerd is.

Hoewel de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen in de huidige situatie onderling niet concurreren, biedt deze tabel toch nuttige inzichten. Allereerst, indien de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen onderling wel zouden kunnen concurreren, zou er voldoende concurrentie zijn. Daarnaast komen deze partijen in beeld als partijen die zich mogelijk omvormen tot een algemeen pensioenfonds.

Tabel 2.4 Alle bedrijfstakpensioenfondsen (verplichtgesteld en niet-verplichtgesteld)

	Verplichtgestelde en niet verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen samen			**Alleen verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen**		
	Beheerd vermogen	Aantal actieve deelnemers	Aantal deelnemers incl. gewezen deelnemers	Beheerd vermogen	Aantal actieve deelne-mers	Aantal deelnemers incl. gewezen deelnemers
C4	75,1%	62,8%	50,9%	78,8%	64,5%	52,6%
HHI	0,24	0,14	0,09	0,26	0,15	0,10
Aantal pensioen-fondsen in de berekening	39	39	39	30	30	30
Totaal	**€ 701.897.802.000**	**4.703.738**	**12.266.952**	**€ 669.176.731.000**	**4.574.311**	**11.884.388**

Bron: SEO Economisch Onderzoek

Tabel 2.5 laat zien dat de concentratiegraad voor pensioenfondsen exclusief de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen relatief laag is. De HHI wijst niet op een markt met scheve concurrentieverhoudingen.

Tabel 2.5 Concentratiegraad alle pensioenfondsen excl. verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen*

	Beheerd vermogen	Aantal actieve deelnemers	Aantal deelnemers incl. gewezen deelnemers
C4	31,3%	28,9%	30,0%
HHI	0,04	0,04	0,04
Aantal pensioenfondsen in de berekening	70	70	70
Totaal	**€ 248.916.308.000**	**513.135**	**1.223.665**

* Dit betreffen ondernemingspensioenfondsen, beroepspensioenfondsen en niet verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen, excl. verzekeraars en PPI's. Bron: SEO Economisch Onderzoek.

Bij wijze van voorbeeld is in Tabel 2.6 de 'omzet' van alle pensioenfondsen exclusief de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen opgeteld. De vier grootste pensioenfondsen op deze fictieve 'markt' is maximaal bijna 60 procent. De HHI ligt onder het niveau dat duidt op een gemiddeld geconcentreerde markt. Dit zegt alleen iets over de concentratiegraad van alle pensioenfondsen samen die op dit moment in de markt actief zijn. In die zin geeft het een beeld van de startsituatie met voldoende concurrentie indien een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling ook bij een algemeen pensioenfonds mag worden ondergebracht. Deze analyse is gebaseerd op een deel van de totale markt. Zo ontbreken bijvoorbeeld de verzekeraars en PPI's in dit overzicht. In werkelijkheid is de concentratiegraad op deze fictieve markt dus iets lager dan hier is berekend.

Tabel 2.6 Concentratiegraad alle pensioenfondsen*

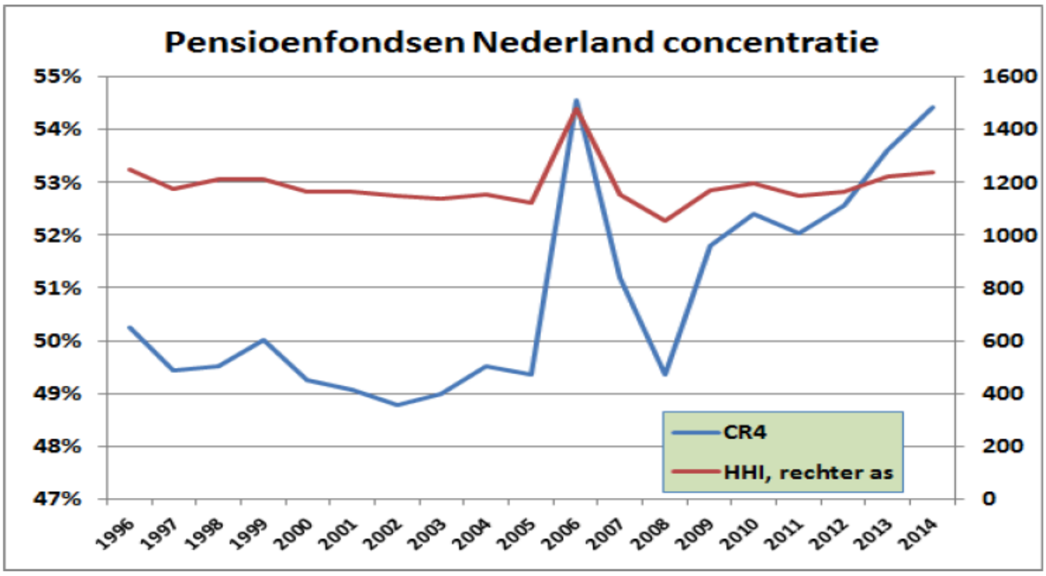
	Beheerd vermogen	Aantal actieve deelnemers	Aantal deelnemers incl. gewezen deelnemers
C4	57,4%	58,0%	47,7%
HHI	0,14	0,12	0,08
Aantal fondsen in de berekening	100	100	100
Totaal	**€ 918.093.039.000**	**5.087.446**	**13.108.053**

* Dit betreffen ondernemingspensioenfondsen, beroepspensioenfondsen en niet verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen, excl. verzekeraars en PPI's. Bron: SEO Economisch Onderzoek

Figuur 2.1 onderstreept de conclusie dat de markt voor pensioenfondsen in Nederland niet erg geconcentreerd is. Dit overzicht geeft een langjarig overzicht van de C4-ratio en de HHI. De C4-ratio loopt sinds 2008 op van 50 tot circa 54 procent , een waarde die redelijk overeenkomt met de berekening in Tabel 2.6. De HHI schommelt rond 0,12.[12] Deze stijging betekent dat de grootste pensioenfondsen in de markt iets aan marktaandeel hebben gewonnen, maar aan de verdeling van de marktaandelen tussen grote en kleine pensioenfondsen is tot 2014 niet veel veranderd. De toename van het marktaandeel van de vier grootste pensioenfondsen heeft vooralsnog niet geleid tot grote stijging van de concentratiegraad in de hele markt. Kennelijk was de stijging van de van het marktaandeel van de grootste pensioenfondsen te klein om effect te hebben op de HHI.

12 De HHI is in Figuur 2.1 afgebeeld op een tienduizendpuntsschaal waarbij 1500 punten correspondeert met de 0,15 in bovenstaande analyse.

Figuur 2.1 Concentratiegraad pensioenfondsen in Nederland op basis van beheerd vermogen



Bron: DNB, 2015.
Noot: De linker as beeldt de C4-ratio af.

3 Juridisch deel: toetsing aan het mededingingsrecht

3.1 Vraagstelling

Dit hoofdstuk bevat de juridische beoordeling van een andere vormgeving van de verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. Bij deze vormgeving is niet meer de deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds verplicht gesteld, maar alleen deelneming in de bedrijfstakpensioenregeling.

3.2 Vooraf: de huidige verplichtstelling en verschil met algemeen pensioenfonds

Verplichtstelling bedrijfstakpensioenfonds

De Wet Bpf 2000 kent nu de mogelijkheid tot verplichtstelling van de deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. Op aanvraag van het georganiseerde bedrijfsleven binnen een bedrijfstak kan de Minister van SZW deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds voor een of meer bepaalde groepen van personen die in die bedrijfstak werkzaam zijn verplicht stellen (artikel 2 lid 1 Wet Bpf 2000). Er is een koppeling tussen de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling en het bedrijfstakpensioenfonds als uitvoerder daarvan. Op dit punt wijkt de Wet Bpf 2000 af van de Wet verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling (Wvb). Bij de Wvb kan de Minister van SZW op aanvraag van een beroepspensioenvereniging het deelnemen in een beroepspensioenregeling voor een of meer bepaalde groepen van beroepsgenoten verplicht stellen (artikel 5 lid 1 WVB). Hier geldt derhalve het stelsel van het in dit rapport beschreven basisscenario: de pensioenregeling is verplicht gesteld, maar de pensioenuitvoerder niet.[13] Volgens de Wvb kiest de beroepspensioenvereniging de uitvoerder, waarbij de keuze zowel op een pensioenuitvoerder (waaronder hier wordt verstaan: een beroepspensioenfonds, een PPI dan wel een verzekeraar met zetel in Nederland, definitie 'pensioenuitvoerder', artikel 1 WVB) als op een pensioeninstelling uit een andere lidstaat dan wel een verzekeraar met zetel buiten Nederland kan vallen (artikel 8 WVB). De uitvoering kan echter niet verdeeld worden over meer partijen, de pensioenregeling moet door een en dezelfde pensioenuitvoerder worden uitgevoerd.[14]

De werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds en vergelijking met algemeen pensioenfonds

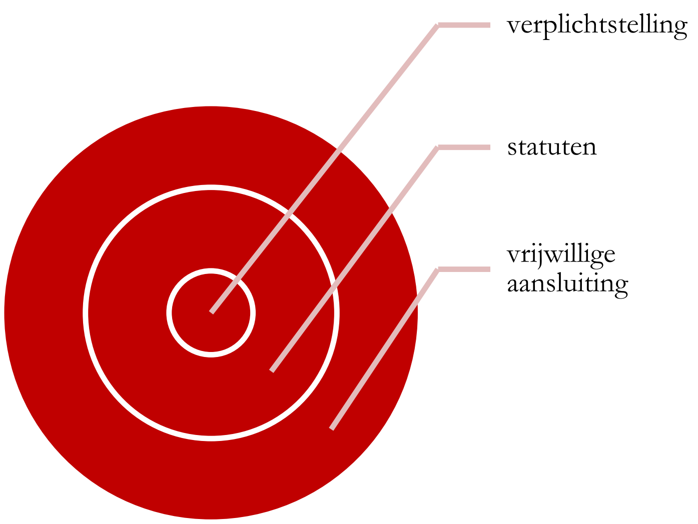
Een bedrijfstakpensioenfonds is een pensioenfonds ten behoeve van een of meer bedrijfstakken of delen van een bedrijfstak (definitie 'bedrijfstakpensioenfonds' artikel 1 PW). Daarbij geldt geen beperking van het aantal bedrijfstakken dan wel delen van een bedrijfstak. Evenmin geldt een beperking aan het combineren van bedrijfstakken en delen van een bedrijfstak. Het benutten van de

[13] Zie voor de onderbouwing: *Kamerstukken II*, 1968/69, 10 216, nr. 3, p. 9.
[14] *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 481, nr. 3, p. 9.

ruimte die de definitie van bedrijfstakpensioenfonds biedt, zoals het Pensioenfonds voor de Grafische Bedrijven dat doet, is dan ook niet in strijd met de Pensioenwet.[15] Een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds heeft behalve de werkingssfeer volgens de verplichtstelling ook een statutaire werkingssfeer. Die statutaire werkingssfeer kan ruimer zijn dan de werkingssfeer volgens de verplichtstelling. Binnen de statutaire werkingssfeer kan en mag het bedrijfstakpensioenfonds pensioenovereenkomsten uitvoeren (artikel 111 lid 1, aanhef en onder a en lid 2 PW jo. definitie 'pensioenfonds', artikel 1 PW en artikel 23 PW). Dat betreft de uitvoering van pensioenovereenkomsten voor werkgevers die – in zoverre – niet onder de verplichte werkingssfeer vallen. Dit kan betreffen de uitvoering van pensioenovereenkomst voor alle of een aantal werkgevers in een bedrijfstak – voor welke bedrijfstak geen verplichte deelneming geldt – en ook de uitvoering van een pensioenovereenkomst voor een afzonderlijke werkgever die binnen de bedrijfstak als gedefinieerd in de statuten werkzaam is. De statutaire werkingssfeer geeft niet het uiterste domein aan waarbinnen het bedrijfstakpensioenfonds werkzaam kan zijn. Het uiterste domein is de statutaire werkingssfeer plus de vrijwillige aansluitingen als bedoeld in artikel 121 PW. De vrijwillige aansluiting als hier bedoeld is de mogelijkheid voor een bedrijfstakpensioenfonds om een uitvoeringsovereenkomst te sluiten met een werkgever die niet onder de verplichte of statutaire werkingssfeer van dat fonds valt[16]. Voor deze vrijwillige aansluiting stelt artikel 121 PW wel een aantal voorwaarden. Deze voorwaarden zijn volgens het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds ook van toepassing op uitbreiding van de statutaire werkingssfeer door een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds.

Schematisch is de reikwijdte gelet op de mogelijke werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds als volgt te duiden:

Figuur 3.1 Reikwijdte bedrijfstakpensioenfonds



---

15 *Kamerstukken II* 2014/15 32 043, nr. 237, p. 1. Zie ook de antwoorden op Kamervragen van het lid Van Weyenberg (D66), Aanhangsel Handelingen, 2014-15, nr. 2412.

16 Deze voorwaarden zijn: 1) de loonontwikkeling bij de werkgever die zich vrijwillig wil aansluiten is ten minste gelijk zijn aan die in een bedrijfstak waarin het bedrijfstakpensioenfonds werkzaam is en tevens neemt de werkgever deel in de sociale fondsen van dezelfde bedrijfstak, of 2) de werkgever die zich vrijwillig wil aansluiten staat in een groepsverhouding tot een andere werkgever die onder de werkingssfeer valt, of 3) de vrijwillige aansluiting vindt plaats aansluitend op een periode waarin de werkgever wel onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds viel.

Uit de bovengeschetste reikwijdte volgt dat een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds meer dan een pensioenregeling kan uitvoeren. Daarbij geldt de eis dat bij het uitvoeren van meerdere pensioenregelingen deze pensioenregelingen financieel een geheel vormen (artikel 123 lid 1 PW). Anders gezegd, het is niet toegestaan om afgescheiden vermogens voor afzonderlijke pensioenregelingen aan te houden, te *ringfencen*.

Het verschil met een algemeen pensioenfonds is daarom niet de mogelijkheid tot het kunnen uitvoeren van meer dan een pensioenregeling, noch de mogelijkheid om een pensioenregeling voor een enkele afzonderlijke werkgever uit te kunnen voeren. Het verschil met het algemeen pensioenfonds is wel dat bij het algemeen pensioenfonds per collectiviteitkring een verplichting tot *ringfencing* is. Daardoor reikt de solidariteit bij een algemeen pensioenfonds in beginsel tot de grens van de collectiviteitkring. Bij een bedrijfstakpensioenfonds zijn alle regelingen in solidariteit met elkaar verbonden. Concreet kan dat laatste betekenen dat de ene pensioenregeling moet bijdragen aan tekorten in een andere pensioenregeling. Die situatie kan bij een algemeen pensioenfonds met afzonderlijke collectiviteitkringen niet optreden.

3.3 Mededingingsrecht en verplichtstelling

3.3.1 Inleiding

De verplichtstelling op grond van de Wet Bpf 2000 sluit een (groot) deel van de markt voor aanvullende pensioenregelingen uit van concurrentie. Immers, indien deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds voor een bedrijfstak verplicht is gesteld dan resteert weinig tot geen ruimte voor andere aanbieders.

Het uitsluiten van concurrentie kan mededingingsrechtelijk relevant zijn. In het mededingingsrecht staat namelijk kort gezegd vrije concurrentie centraal. Die vrije concurrentie is echter geen absolute norm; uitzonderingen zijn mogelijk. Bij deze uitzonderingen kan het gaan om uitzonderingen 'vooraf' (het mededingingsrecht is niet van toepassing) dan wel uitzonderingen 'achteraf' (het mededingingsrecht is op zich wel van toepassing maar vanwege bepaalde omstandigheden niet op het concrete geval).

Deze paragraaf bevat een overzicht van de relevante normen en de werking daarvan, mede aan de hand van jurisprudentie. Dit hoofdstuk is niet bedoeld als uitputtende behandeling van het mededingingsrecht maar is toegespitst op de vragen van het voorliggende onderzoek. De bespreking van het mededingingsrecht in dit hoofdstuk dient om in paragraaf 3.4 de mededingingsrechtelijke gevolgen van een andere vormgeving van de verplichtstelling te analyseren.

Het mededingingsrecht is ook van belang voor het algemeen pensioenfonds. Dit betreft zowel de situatie die zou ontstaan indien het algemeen pensioenfonds een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling zou mogen gaan uitvoeren als de situatie dat een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds zich omvormt tot een algemeen pensioenfonds (en vervolgens de markt opgaat gebruik makend van de mogelijkheden die het algemeen pensioenfonds heeft). Deze situaties worden in paragraaf 3.7 getoetst aan het mededingingsrecht.

3.3.2 Algemeen

Mededinging heeft te maken met het gedrag van ondernemingen op een markt, waarbij het mededingingsrecht dit gedrag en het gedrag van een overheid ten opzichte van ondernemingen inkadert.[17] Mededinging komt neer op het dingen van commerciële partijen naar de gunst van de klant.[18]

Het doel van het (EU-)mededingingsrecht is het beschermen van de (vrije) mededinging en het voorkomen van belemmeringen voor de integratie van de interne markt.[19] De middelen van het mededingingsrecht zijn het verbod op kartels, het verbod op misbruik van een economische machtspositie, het toezicht op concentraties en het verbod op staatssteun.

Het toezicht op concentraties lijkt hier niet van (direct) belang. Echter, met het oog op mogelijke marktontwikkelingen na het invoeren van het algemeen pensioenfonds dan wel een andere vormgeving van de verplichtstelling is een wat uitgebreidere beschrijving van het concentratietoezicht opgenomen in paragraaf 3.3.6. Centraal staan evenwel het kartelverbod, het verbod op misbruik van machtspositie, de regels bij het verlenen van een uitsluitend recht respectievelijk het belasten van een onderneming met een dienst van algemeen economisch belang, en het verbod op staatssteun. Deze behandeling dient om de mogelijkheden van een andere vormgeving van de verplichtstelling te toetsen aan het mededingingsrecht in paragraaf 3.6.

De structuur van het (materiële) mededingingsrecht heeft een EU-rechtelijke en een nationale kant. Het VWEU bevat een verbod op kartels (artikel 101 VWEU), en op misbruik van een economische machtspositie (artikel 102 VWEU). Verder zijn er regels met betrekking tot ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten en ondernemingen belast met diensten van algemeen economisch belang (artikel 106 VWEU). In het VWEU is het verbod van staatsteun opgenomen (artikel 107 VWEU), terwijl het toezicht op concentraties bij verordening is geregeld.[20]

Het Nederlandse mededingingsrecht is geregeld bij en krachtens de Mededingingswet.[21] De Mededingingswet bevat evenals het VWEU een verbod op kartels (artikel 6 Mw). Ook is een verbod op misbruik van een economische machtspositie overgenomen (artikel 24 Mw), aangezien het Nederlandse recht hier gelijk loopt met het EU-recht.[22] [23] Met betrekking tot een onderneming of een ondernemersvereniging die bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan is belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang gelden aparte regels (artikel 11 en artikel 25 Mw). Ten aanzien van het toezicht op concentraties is een gedetailleerde regeling opgenomen (artikel 34 tot en met 49 Mw). In de kern houdt de regeling in dat het tot stand brengen van een concentratie vergunningplichtig is, en geen vergunning wordt verleend bij een voldoende ernstige verstoring van de mededinging (artikel 41 en artikel 37 Mw). Het Nederlandse mededingingsrecht krijgt vanwege de leidende rol van het EU-mededingingsrecht in dit hoofdstuk beperkt aandacht.

---

17 Appeldoorn en Vedder (2013), p. 3.
18 Bellamy en Child (2013), par. 2.086.
19 Bellamy en Child (2013), par. 1.013.
20 Verordening (EG) Nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de "EG-concentratieverordening"), *Pb* L 24/1.
21 Wet van 22 mei 1997, *Stb.* 1997, 242, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 17 juni 2013, *Stb.* 2013, 326.
22 Appeldoorn en Vedder (2013), p. 298.
23 Wel ontbreekt – uiteraard – bij het verbod op misbruik van economische machtspositie evenals bij het kartelverbod de eis van het beïnvloeden van de handel tussen de lidstaten.

Het EU-mededingingsrecht en vooral de jurisprudentie van het Hof van Justitie (HvJ) die van belang is voor de verplichtstelling staat centraal.

3.3.3 Kartelverbod

Het kartelverbod komt er op neer dat afspraken tussen ondernemingen die de mededinging kunnen beperken niet zijn toegestaan. Het kartelverbod is neergelegd in artikel 101 VWEU en artikel 6 Mw. De Nederlandse Mededingingswet is geënt op de EU-mededingingsregels.[24] Om die reden wordt hierna het EU-recht besproken en de Mededingingswet alleen indien voor zover nodig.

Volgens het kartelverbod zijn onverenigbaar met de interne markt, verboden en van rechtswege nietig alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemingsverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of tot gevolg kunnen hebben de mededinging binnen de interne markt te verhinderen, beperken of vervalsen (artikel 101 lid 1 en lid 2 VW EU).

Lidstaten zijn verplicht geen maatregelen van wettelijke of bestuursrechtelijke aard te nemen of te handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken.[25] Bovendien nemen of handhaven de lidstaten met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen geen enkele maatregel die in strijd is met de regels van de EU-verdragen, met name niet met het verbod op elke discriminatie op grond van nationaliteit, de regels ten aanzien van mededinging en staatssteun (artikel 106 lid 1 VWEU).

Voor de toepasselijkheid van het kartelverbod moet er sprake zijn van een onderneming. De overige bestanddelen van artikel 101 VWEU, de overeenkomst of feitelijk afgestemde gedraging, het strekken of tot gevolg hebben en het verminderen, beperken of vervalsen van de mededinging zijn voor dit rapport minder relevant. Een onderneming is elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht rechtsvorm en wijze van financieren,[26] dan wel het bestaan van een winstoogmerk.[27] De kwalificatie naar nationaal recht doet niet ter zake.[28] Eveneens kan een publiekrechtelijk orgaan kwalificeren als onderneming.[29] Een economische activiteit is iedere activiteit die bestaat in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt.[30] De jurisprudentie van het HvJ hierover is gedetailleerd. Bijlage B bij dit rapport geeft een overzicht van de jurisprudentie. De conclusie uit die jurisprudentie is dat een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds een onderneming is en mitsdien onder het mededingingsrecht valt. Er kan evenwel sprake zijn van een gerechtvaardigde uitzondering wegens het verrichten van een zogenaamde dienst van algemeen economisch belang, zie daarover nader paragraaf 3.3.8. Eerst wordt nu de cao-uitzondering op het mededingingsrecht besproken.

---

24 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10.
25 HvJ 3 maart 2011, C-437/09 (AG2R), punt 24 met verwijzing naar (*Albany*) punt 65, (*Brentjes*) punt 65, en (*Drijvende Bokken*) punt 55.
26 HvJ 23 april 1991, C-41/90 (*Höfner en Elser*), Jur. 1991 I-01979, r.o. 21.
27 HvJ 21 september 1999, C-67/96 (*Albany*), Jur.1999 I-05751, r.o. 85.
28 HvJ 16 juni 1987, C-118/85 (*Commissie/Italië*), Jur. 02599, r.o. 11.
29 Höfner en Elser, r.o. 22-23.
30 Commissie/Italië, r.o. 7.

3.3.4 De cao-uitzondering

Onder voorwaarden is het mogelijk dat een collectieve (arbeids)overeenkomst tussen sociale partners buiten het mededingingsrecht valt. In dit onderzoek wordt beoordeeld of dit opgaat voor afspraken van sociale partners over of gericht op de binding aan een bedrijfstakpensioenregeling en een pensioenuitvoerder.

Het HvJ EU heeft in zijn jurisprudentie collectieve arbeidsovereenkomsten die de arbeidsvoorwaarden verbeteren buiten het mededingingsrecht geplaatst. In het arrest-Albany[31] heeft het HvJ deze zogenoemde cao-uitzondering als volgt geformuleerd: "Hoewel een zekere mededingingsbeperkende werking eigen is aan collectieve overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersorganisaties, zou de verwezenlijking van de met dergelijke overeenkomsten nagestreefde doelstellingen van sociale politiek ernstig worden belemmerd indien de sociale partners bij hun gezamenlijke inspanning de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden te verbeteren, zich aan artikel 85, lid 1, [nu: artikel 101 lid 1 VWEU, het kartelverbod] van het Verdrag moesten houden".[32]

Deze cao-uitzondering betekent dat een collectieve arbeidsovereenkomst naar zijn aard en doel buiten het mededingingsrecht kan vallen, indien de overeenkomst het resultaat is van collectieve onderhandelingen tussen werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties, en rechtstreeks bijdraagt aan de verbetering van een van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers.[33] [34]

De cao-uitzondering is door het HvJ geformuleerd in het kader van de vraag "of de artikelen 3, sub g, van het Verdrag, 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG) en 85 van het Verdrag in de weg staan aan een besluit van de overheid om, op verzoek van de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bedrijfstak, de deelneming in een bedrijfspensioenfonds verplicht te stellen" (r.o. 46). Daarvoor "moet eerst worden onderzocht, of het besluit van de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bepaalde bedrijfstak in het kader van een collectieve overeenkomst, om in die bedrijfstak één bedrijfspensioenfonds op te richten dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, en de overheid te verzoeken de deelneming in dit fonds voor alle werknemers in die bedrijfstak verplicht te stellen, in strijd is met artikel 85 van het Verdrag" (r.o. 52). Het toetsingskader daarbij is ten eerste dat "artikel 85, lid 1, van het Verdrag alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen verbiedt welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben, dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst" (r.o. 53). Ten tweede omvat het optreden van de EU niet alleen "een regime […] waardoor wordt verzekerd dat de mededinging op de interne markt niet wordt vervalst maar ook "een beleid op sociaal gebied" op grond van artikel artikel 3, lid 1, sub g en j , EG; artikel 2 EG bepaalt immers "dat de Gemeenschap onder meer tot taak heeft „het bevorderen van een harmonische en evenwichtige ontwikkeling van de economische activiteit" en van „een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming" (r.o. 54). Op dat punt "bepaalt artikel 118 EG-Verdrag […] dat de Commissie tot taak heeft tussen de lidstaten een nauwe samenwerking op sociaal gebied te bevorderen, met name op het terrein van het recht zich te organiseren in vakverenigingen en van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers" (r.o. 55). Daaraan voegt

[31] HvJ 21 september 1999, C-67/96 (*Albany*), Jur.1999 I-05751.
[32] *Albany*, r.o. 59.
[33] *Albany*, r.o. 59-63.
[34] Deze uitzondering is ook opgenomen in artikel 16 aanhef en onder a Mw.

artikel 118 B EG-Verdrag toe "dat de Commissie zich beijvert de dialoog tussen de sociale partners op Europees niveau verder te ontwikkelen, hetgeen, als deze laatsten zulks wenselijk achten, tot contractuele betrekkingen kan leiden"(r.o 56). Verder bepaalt artikel 1 van de Overeenkomst betreffende de sociale politiek "dat de Gemeenschap en de lidstaten zich onder meer ten doel stellen de verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden, een adequate sociale bescherming, de sociale dialoog, de ontwikkeling van de menselijke hulpbronnen om een duurzaam hoog werkgelegenheidsniveau mogelijk te maken, en de bestrijding van uitsluiting " (r.o. 57). Volgens artikel 4 lid 1 en lid 2 van de Overeenkomst betreffende de sociale politiek "kan de dialoog tussen de sociale partners op communautair niveau, indien de sociale partners zulks wensen, leiden tot contractuele betrekkingen, met inbegrip van overeenkomsten, waarvan de tenuitvoerlegging geschiedt hetzij volgens de procedures en gebruiken die eigen zijn aan de sociale partners en aan de lidstaten, hetzij, op gezamenlijk verzoek van de ondertekenende partijen, door een besluit van de Raad op voorstel van de Commissie"(r.o. 58).

Het is in deze context dat het HvJ kwam tot de bovengeciteerde rechtsoverweging 59. Hieruit volgt volgens het HvJ dat:

- Overeenkomsten die tussen sociale partners worden gesloten;
- In het kader van collectieve onderhandelingen;
- En die overeenkomsten doelstellingen van sociale politiek nastreven:
  wegens a) hun aard en b) hun doel worden geacht niet onder artikel 101 VWEU te vallen (r.o. 60).

Het is onder deze voorwaarden dat er sprake kan zijn van een cao-uitzondering.[35] Het bereik van deze uitsluiting van het mededingingsrecht is naar wordt aangenomen ruim: "collective labour agreements concerning conditions of work and employment in any event fall outside the scope of Article 101(1)".[36] Voor het Nederlandse mededingingsrecht is wat betreft cao-afspraken een vrijstelling opgenomen in artikel 6 Mededingingswet. Er is evenwel geen algemene uitzondering van de mededingingsregels voor cao-afspraken; het al dan niet optreden van een uitzondering moet in ieder concreet geval opnieuw worden nagegaan.[37]

De reikwijdte van de cao-uitzondering is ingekaderd door de aard en het doel van een overeenkomst. Wat de *aard* betreft moet het gaan om een overeenkomst:

- gesloten in de vorm van een collectieve overeenkomst;
- die het resultaat was van collectieve onderhandelingen;
- tussen werkgevers- en werknemersorganisaties (r.o. 62).

Wat het *doel* betreft moet het gaan om een overeenkomst die een aanvullende pensioenregeling voor een bepaalde bedrijfstak in het leven riep, welke pensioenregeling werd beheerd door een pensioenfonds waarbij aansluiting verplicht kan worden gesteld. Volgens het HvJ beoogt een dergelijke pensioenregeling "over het geheel genomen, aan alle werknemers in de bedrijfstak een bepaald pensioenniveau te verzekeren" waardoor hij "rechtstreeks" bijdraagt aan "de verbetering van

---

35 Zie voor het "kan"-aspect nader Gyselen (2000).

36 Bellamy en Child (2013), § 2.031, met verwijzing ook naar EFTA Court 22 maart 2002, E-8/00 (*LO en NKF vs. KS*), EFTA Ct. Rep. 114.

37 Vgl. Conclusie AG 14 april 2010, C-271/08 (*Commissie/Duitsland*), Jur. I-07091, punten 54-62, met verwijzing naar de Conclusie AG in *Van der Woude*.

een van de arbeidsvoorwaarden van die werknemers, namelijk hun beloning" (r.o. 63). Een dergelijke overeenkomst valt vanwege zijn aard en doel buiten de werkingssfeer van artikel 101 VWEU (r.o. 64).

De cao-uitzondering is ook van toepassing indien de uitvoering van een afspraak in de cao is uitbesteed aan een pensioenuitvoerder – met uitsluiting van (eventuele) concurrenten van die pensioenuitvoerder – die door partijen bij de cao is bepaald. Een beperking op dat punt "zou namelijk een ongerechtvaardigde ingreep in de vrijheid van de sociale partners betekenen, die, wanneer zij een overeenkomst sluiten over een bepaald aspect van de arbeidsvoorwaarden, eveneens tot oprichting van een apart orgaan voor de uitvoering van de overeenkomst moeten kunnen besluiten en bepalen, dat dit orgaan een andere verzekeraar kan inschakelen".[38]

Evenmin staat het mededingingsrecht (noch overigens de verplichting tot gemeenschapstrouw van artikel 4 lid 2 VEU) in de weg aan het algemeen verbindend verklaren op verzoek van werkgevers- en werknemersorganisaties van een overeenkomst die voortkomt uit collectieve onderhandelingen, zoals het HvJ heeft aangenomen ten aanzien van een overeenkomst die voorziet in verplichte aansluiting bij een aanvullende ziektekostenregeling.[39]

3.3.5 Misbruik van machtpositie

Het misbruik maken door een of meer ondernemingen van een economische machtspositie op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan is verboden, voor zover de handel tussen de lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed (artikel 102 VWEU). Bij misbruik van machtspositie gaat het om een objectief concept, namelijk het gedrag van een onderneming met een dominante positie dat invloed heeft op de structuur van de markt waarop als gevolg van alleen al de aanwezigheid van die onderneming de mate van concurrentie is afgenomen, en welk gedrag, door het hanteren van andere methoden dan bij normale concurrentie, het handhaven van de nog resterende mate van concurrentie of het verhogen daarvan hindert.[40] Voor misbruik van machtspositie is vereist a) dat er sprake is van een machtspositie en b) er misbruik is van die machtspositie. Het innemen van een machtspositie op zich is niet verboden.[41] Wel heeft een onderneming met een machtspositie – ongeacht hoe die machtspositie is ontstaan – een bijzondere verantwoordelijkheid om geen mededingingsverstorend gedrag te vertonen.[42]

Bij een machtspositie gaat het om een machtspositie op een bepaalde markt. Daarom moet ten eerste de – relevante – markt worden afgebakend. Ten tweede moet dan bepaald worden of er op de relevante markt sprake is van een machtspositie. Ten derde komt aan de orde of er sprake is van misbruik van die machtspositie. Bij het bepalen van de relevante markt moet zowel de relevante productmarkt (met wie is er concurrentie) als de relevante territoriale markt (waar is er concurrentie) worden afgebakend.[43] Bij het bepalen van de relevante markt gaat het erom welke ondernemingen concurrenten zijn.[44] Ondernemingen zijn concurrenten indien zij gelijkwaardige producten

---

38 HvJ 21 september 2000, C-222/98 (*Van der Woude*) Jur. I-07111, r.o. 26.
39 *AG2R*, r.o. 39.
40 HvJ 13 februari 1979, C-85/76 (Hoffmann-La Roche), Jur. 00461, r.o. 91.
41 Kapteyn (2003), pp. 667-668.
42 HvJ 9 november 1983, C-322/81 (*Michelin*), Jur. 03461, r.o. 57.
43 HvJ 14 februari 1978, C-27/76 (*United Brands*), Jur. 00207, r.o. 10 en 11.
44 Zippro (2009), p. 86.

aanbieden; centraal staat de mogelijkheid om over te stappen naar een andere ondernemer, de substitueerbaarheid.[45] Deze substitueerbaarheid is zowel aan de aanbodzijde als aan de vraagzijde van de markt van belang. Steeds is de vraag of leveranciers respectievelijk afnemers alternatieven hebben of dat zij aan een bepaalde onderneming zijn gebonden.[46] Het bepalen van de relevante markt is van belang omdat voor het vaststellen van een machtspositie mede naar marktaandeel wordt gekeken. Ofwel, een onderneming zal bij een grote relevante markt minder snel een machtspositie hebben dan bij een krappe relevante markt.[47]

Relevante productmarkt

Voor het afbakenen van de relevante productmarkt is de substitueerbaarheid zowel aan de aanbodzijde als aan de vraagzijde van de markt van belang. Aan de aanbodzijde speelt de vraag of de producent redelijkerwijs kan omschakelen op een ander product.[48] Aan de vraagzijde moet het gaan om producten die "voor de consumenten redelijkerwijze vervangbaar zijn".[49] Eveneens is de consumentenvoorkeur van belang.[50] In aansluiting op deze criteria heeft de Europese Commissie in een bekendmaking over het bepalen van de relevante markt als definitie van productmarkt geformuleerd: "Een relevante productmarkt omvat alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd".[51]

Relevante geografische markt

Bij de relevante geografische markt gaat het om het gebied waarbinnen er sprake zou kunnen zijn van een machtpositie en misbruik daarvan.[52] In aansluiting op deze criteria heeft de Europese Commissie in een bekendmaking over het bepalen van de relevante markt als definitie van geografische markt geformuleerd: "De relevante geografische markt is het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen".[53]

Machtspositie

Er is sprake van een economische machtspositie indien een onderneming de "daadwerkelijke mededinging in de relevante markt [kan] verhinderen" en deze onderneming zich "jegens haar concurrenten, haar afnemers, en, uiteindelijk de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk [kan] gedragen".[54]

45 Kapteyn (2003), p. 669.
46 Kapteyn (2003), p. 669.
47 Zippro (2009), p. 86.
48 *Michelin*, r.o. 41.
49 United Brands, r.o. 12.
50 United Brands, r.o. 34.
51 Bekendmaking van de Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht, Pb C 372 van 09/12/1997, blz. 0005 - 0013, punt 7.
52 HvJ 16 december 1975, gevoegde zaken C-40 tot 48, 50, 54 tot 56, 111, 113 en 114/73 (*Suiker Unie*), Jur. 01663, en HvJ 27 maart 1974, C-127/73 (*BRT II*), Jur. 00313.
53 Bekendmaking, punt 8.
54 HvJ 13 februari 1979 , C-85/76 (*Hoffmann-La Roche*), r.o. 38-39, evenzo van recentere datum HvJ 14 oktober 2010, C-280/08 P (*Deutsche Telekom*), Jur. I-09555, r.o. 174.

Bij het onderzoeken of een onderneming een machtspositie heeft zijn als uitgangspunt drie factoren van belang:

1. De positie van de onderneming op de relevante markt, waarbij het marktaandeel als uitgangspunt wordt genomen;
2. Toetredingsdrempel en uitbreidingsdrempels;
3. Tegenwicht van concurrenten, leveranciers en consumenten.[55]

Volgens de ACM kan ontbreken van een economische machtspositie vaak worden afgeleid uit een klein marktaandeel “Als echter blijkt dat een onderneming op de relevante markt een marktaandeel heeft van meer dan 50 procent, kan er sprake zijn van een economische machtspositie. Ook bij een kleiner marktaandeel (van bijvoorbeeld 40 procent) kan dit soms het geval zijn. Behalve naar marktaandeel dient echter ook naar andere factoren te worden gekeken. Een machtspositie kan namelijk niet direct worden afgeleid uit het marktaandeel.” (NMa, 2009)

Misbruik van machtspositie

Het misbruik maken van een economische machtspositie kan volgens artikel 102 lid 2 VWEU “met name” bestaan in:

- Het opleggen van onredelijke prijzen of voorwaarden;
- Het beperken van productie, afzet of technische ontwikkeling in het nadeel van de verbruikers;
- Het toepassen op handelspartners van ongelijke voorwaarden voor gelijkwaardige prestaties; en
- Het alleen sluiten van overeenkomsten als ook bijkomende prestaties worden aanvaard.

Misbruik is te onderscheiden in uitbuiting, uitsluiting en structureel misbruik:

a. Uitbuiting is bijvoorbeeld het hanteren van onbillijke prijzen of langlopende exclusieve overeenkomsten (prijsstelling);
b. Uitsluiting is bij voorbeeld het weigeren om te leveren of om toegang tot faciliteiten te verlenen (contracteerbeleid);
c. Structureel misbruik is het overnemen van een andere onderneming waardoor de overnemende partij zijn economische machtspositie versterkt of anderszins markttoegang onmogelijk maken.[56] [57]

Uitbuiting kan bestaan uit het hanteren van een excessief tarief. Het gaat dan om “”[h]et toepassen van een te hoge prijs die niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de verrichte prestatie. Het buitensporige karakter van die prijs zou onder meer objectief kunnen worden vastgesteld door de verkoopprijs van het product te vergelijken met de kostprijs en aldus de grootte van de winstmarge aan te tonen”.[58]

Samenvattend gaat het er om dat het hebben van een machtspositie op zich niet relevant is. Het gaat er om of er sprake is van misbruik van een eventuele machtspositie. Indien er geen machtspo-

---

55 Bellamy en Child (2013), par. 10.020.

56 Slot, para. 4.2.4.1.

57 Voor structureel misbruik door het overnemen van een andere onderneming: HvJ 21 februari 1973, C-6/72 (*Continental Can*), Jur. 1973, 215. Voor het onmogelijk maken van markttoegang door het overnemen van een octrooilicentie GEA 10 juli 1990, T-51/89 (*Tetra Pak II*), Jur. 1990, II-0309.

58 *United Brands*, r.o. 250-251.

sitie is en/of daar geen misbruik van wordt gemaakt, is een beperking ten aanzien van marktoptreden niet juridisch noodzakelijk, maar zal er sprake zijn van een keuze ten aanzien van de beleidsmatig wenselijk geachte marktordening.

3.3.6 Concentratietoezicht

Het concentratietoezicht is voor de vraagstelling van deze analyse niet direct van belang. Het concentratietoezicht, zoals dat door de Autoriteit Consument en Markt (ACM) wordt uitgeoefend kan eventueel wel van belang worden na het maken van beleidsmatige keuzes ten aanzien van de vormgeving van de verplichtstelling en de rol van het algemeen pensioenfonds bij de uitvoering daarvan.

Bedrijfstakpensioenfondsen, ondernemingspensioenfondsen en beroepspensioenfondsen zijn door de toenmalige NMa (nu: ACM) aangemerkt als onderneming in de zin van de Mededingingswet (artikel 2 Uitvoeringsregel NMa pensioenfondsen[59]). Deze Uitvoeringsregel dient vooral om het concentratietoezicht op pensioenfondsen te regelen.[60] Concentratietoezicht is gerelateerd aan de omzet van de betrokken ondernemingen. Voor de omzetbepaling sluit de Uitvoeringsregel aan bij de omzetbepaling voor verzekeraars (artikel 3 Uitvoeringsregel). Deze aansluiting vindt plaats op basis van artikel 31 Mw dat is gericht op kredietinstellingen, financiële instellingen en verzekeraars in de zin van de Wft. De NMa onderkende dat een pensioenfonds niet onder een van deze drie categorieën valt, maar komt desondanks tot overeenkomstige toepassing want: "Pensioenfondsen bieden een product aan dat gelijkenissen vertoont met de producten die door levensverzekeraars worden aangeboden. Vergelijkbaar met veel levensverzekeringen wordt in een pensioenregeling doorgaans een lang-levenrisico afgedekt. Bovendien innen zowel pensioenfondsen als (levens)verzekeraars doorgaans op regelmatige basis premies welke worden belegd. Uit dit vermogen worden vervolgens de uitkeringen betaald". [61]

Het concentratietoezicht kan een rol spelen bij de verdere consolidatie van de uitvoeringsmarkt. Daarbij kan worden gedacht aan de inbreng van grote collectiviteiten bij eveneens grote algemeen pensioenfondsen, die daardoor een nog groter marktaandeel verwerven. Nader mededingingsjuridisch onderzoek zou moeten uitwijzen of dit als een concentratie in de zin van de Mededingingswet aangemerkt zou moeten worden.

3.3.7 Bijzondere of uitsluitende rechten

Een overheid kan aan een onderneming een bijzonder of uitsluitend recht verlenen. Een bijzonder of uitsluitend recht is in feite een alleenrecht op het verrichten van een bepaalde activiteit, zoals postbezorging, het onderhouden van een veerdienst, de arbeidsvoorziening of telecommunicatie. Een bijzonder recht is een alleenrecht dat is toegekend aan meerdere ondernemingen, een uitsluitend recht – de naam zegt het al – is toegekend aan een onderneming.[62]Een alleenrecht is vanzelfsprekend een beperking (uitsluiting) van mededinging, en kan tevens leiden tot een beperking van het vrije verkeer van diensten. Daarom bepaalt artikel 106 lid 1 VWEU: "De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere

---

59 Besluit NMa van 19 mei 2009, *Strct.* 2009, 95, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 26 maart 2013, *Strcrt.* 2013, 8686.

60 Toelichting, onder het kopje 'algemeen'.

61 Toelichting op artikel 3 van de Uitvoeringsregel NMa pensioenfondsen.

62 Whish en Bailey (2011), p. 225-226.

of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van de Verdragen, met name die bedoeld in de artikelen 18 en 101 tot en met 109".

Het creëren van een machtspositie door het verlenen van een uitsluitend recht is niet onverenigbaar met het kartelverbod van artikel 102 VWEU; dat is pas het geval indien "het gestelde misbruik [van machtspositie door de onderneming waaraan het uitsluitende recht is verleend] het rechtstreekse gevolg van de wet [waarbij het uitsluitende recht is verleend] is.[63]

3.3.8 Diensten van algemeen economisch belang

Inleiding

Het begrip dienst van algemeen economisch belang (DAEB) speelt een rol in het mededingingsrecht. Voor de uitoefening van een DAEB kan namelijk een uitzondering op toepassing van het mededingingsrecht gerechtvaardigd zijn. Artikel 106 lid 2 VWEU[64] bepaalt namelijk: "De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang […] vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert".

Het begrip DAEB is een EU-rechtelijk begrip.[65] De uitleg van het begrip DAEB is daardoor uiteindelijk aan het HvJ. Daarbij hebben de lidstaten een "essentiële rol en [een] ruime discretionaire bevoegdheid" bij het organiseren en doen verrichten van een DAEB (artikel 1 Protocol 26 bij het VEU). De toetsing van het benoemen als DAEB door een lidstaat is (dan ook) marginaal; de Europese Commissie kan de omschrijving van een DAEB door een lidstaat alleen ter discussie stellen in geval van een kennelijke fout.[66] [67]

Toepassing

Een uitsluitend recht, zoals dat van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds, kan gerechtvaardigd zijn indien dat noodzakelijk is voor het beheer van diensten van algemeen economisch belang (artikel 106 lid 2 VWEU).[68] Bij artikel 106 lid 2 VWEU gaat het om een aparte categorie van ondernemingen.[69] Deze ondernemingen vallen onder het mededingingsrecht zolang niet is aangetoond dat de toepassing van die bepalingen onverenigbaar is met de vervulling van hun bijzondere taak.[70] In de jurisprudentie van het HvJ is hier nader invulling aan gegeven. Voor de uitvoering van de verplichtgestelde pensioenregelingen zijn de arresten Albany[71] en AG2R[72] met name relevant en worden die om deze reden hier kort besproken.

---

63 HvJ 5 oktober 1994, C-323/93 (*Crespelle*), Jur. I-05077, r.o. 18 en r.o. 20.
64 Zie ook artikel 14 VWEU.
65 Nader: Fiedziuk (2013), pp. 87-88.
66 GEA 12 februari 2008, T-289/03 (*BUPA*), Jur. II-00081, r.o. 166.
67 In feite is er sprake van een dubbele marginale toets, eerst toetst de Europese Commissie marginaal en vervolgens toetst het HvJ de beslissing van de Europese Commissie marginaal.
68 In de Mededingingswet is dit opgenomen als: het kartelverbod is alleen van toepassing op mededingingsbeperkende gedragingen van diensten van algemeen economisch belang voor zover het de uitvoering van de bijzondere taak niet verhindert (artikel 11 Mw).
69 Bellamy en Child (2013), par. 11.046.
70 HvJ 30 april 1974, C-155/73 (*Sacchi*), Jur. 00409, r. o. 15.
71 HvJ 21 september 1999, C-67/96 (*Albany*), Jur.1999 I-05751.
72 HvJ 3 maart 2011, C-437/09 (*AG2R*), Jur. I-00973.

Albany

Een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is volgens dit arrest een onderneming belast met een dienst van algemeen economisch belang,. De redenering verliep als volgt. Bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is het toegekende uitsluitend recht een noodzakelijkheid:
"Uit het voorgaande volgt, dat indien het Pensioenfonds niet langer dat uitsluitend recht zou hebben, dit ertoe zou kunnen leiden, dat het de hem opgedragen taken van algemeen economisch belang niet meer op economisch aanvaardbare voorwaarden kan verrichten en dat zijn financieel evenwicht in gevaar komt".[73]

Daarbij is van belang dat de aanvullende pensioenregeling die het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds uitvoert een "essentiële sociale functie" vervult wegens de geringe hoogte van de aan het wettelijk minimumloon gekoppelde AOW[74] en dat het bedrijfstakpensioenfonds zonder de verplichtstelling zijn opgedragen taak niet kan vervullen dan wel dat het fonds zonder de verplichtstelling de opgedragen taak van algemeen economisch belang niet onder economisch aanvaardbare omstandigheden kan vervullen;[75] zonder verplichtstelling zouden de goede risico's immers vertrekken.[76] Ook is de verplichtstelling nodig vanwege de hoge mate van solidariteit van de pensioenregeling, met name door de ontkoppeling van premieniveau en gedekte risico's, de verplichting alle werknemers zonder medische keuring te accepteren, de voortzetting van de pensioenopbouw met premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid, de overname door het bedrijfstakpensioenfonds van de achterstallige premies bij faillissement van de werkgever, en de indexatie van de pensioenen voor het behoud van hun waardevastheid.[77] Dergelijke voorwaarden, waardoor de door het fonds verrichte dienst minder concurrerend is dan een vergelijkbare dienst verricht door verzekeringsmaatschappijen, rechtvaardigen mede het uitsluitend recht van het fonds de aanvullende pensioenregeling te beheren.[78] Voor de vereiste mate van solidariteit heeft het HvJ alleen een kwalitatieve maatstaf genoemd en geen kwantitatieve. Daarnaast heeft het HvJ voorbeelden van solidariteitskenmerken gegeven, in latere jurisprudentie geconcentreerd tot kortweg het ontbreken van equivalentie (geen direct verband tussen premie en prestatie).

AG2R

In *AG2R* ging het om een verplichte aanvullende zorgverzekering die sociale partners waren overeengekomen, en die vervolgens algemeen verbindend was verklaard. Aan AG2R was het uitsluitende recht om die regeling uit te voeren toegekend. De regeling zelf kende een hoge graad van solidariteit; er was, naast een acceptatieplicht, geen evenredigheid tussen de premie en de uitkering.[79] Ook was er sprake van uitkering zonder dat premies waren betaald.[80] Evenmin bestond de mogelijkheid van vrijstelling.[81] Vanwege die hoge graad van solidariteit was er sprake van een dienst van algemeen economisch belang.[82] Zonder de verplichte deelname aan het stelsel, zonder de mogelijkheid van vrijstelling, was het niet mogelijk om die dienst op economisch aanvaardbare voorwaarden te verrichten.[83]

73 *Albany*, r.o. 111.
74 *Albany*, r.o. 105.
75 *Albany*, r.o. 107.
76 *Albany* , r.o.108.
77 *Albany* , r.o. 109.
78 *Albany* , r.o. 110.
79 *AG2R*, r.o. 48-50.
80 *AG2R*, r.o. 51.
81 HvJ 3 maart 2011, C-437/09 (*AG2R*), Jur. I-00973, r.o. 23.
82 *AG2R*, r.o. 74.
83 *AG2R*, r.o. 80.

3.3.9 Staatssteun

Het verbod van staatsteun is gericht tot lidstaten. "Steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, [zijn] onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloed" (artikel 107 lid 1 VWEU). Omdat het verbod van staatssteun is gericht op lidstaten komt het niet voor in de Mededingingswet. Bij staatsteun gaat het om de situatie dat de overheid zelf de mededinging verstoort door het verschaffen van een voordeel aan een onderneming waardoor die onderneming een betere positie krijgt dan zijn concurrenten.[84] Het criterium voor staatssteun is "met staatsmiddelen bekostigd" en brengt mee dat er op enig moment geld over tafel gaat dan wel een balanspost wordt gedebiteerd.[85] Staatssteun betekent het direct of indirect aanwenden van overheidsgeld.[86] Alleen voordelen die rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen worden bekostigd kunnen staatssteun zijn.[87] Onder het begrip staatssteun kunnen ook belasting of premievoordelen zijn begrepen. Dan gaat het er blijkens het arrest van het HvJ EU van 2 juli 1974, zaak 173-73 (Commissie/Italië) om dat 'middelen, die afkomstig zijn uit krachtens wetgeving van de staat verplichte bijdragen en (..) worden beheerd en verdeeld overeenkomstig deze wetgeving'. Dat is bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen evenwel niet aan de orde omdat geen staatsmiddelen krachtens wetgeving worden verdeeld. Het is daarom niet aannemelijk dat er sprake is van overtreding van de staatssteunregels.

3.3.10 Conclusie

De verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds sluit concurrentie uit. Daardoor is de verplichtstelling mededingingsrechtelijk relevant. Het mededingingsrecht verbiedt afspraken van ondernemingen die de mededinging kunnen beperken. Eveneens is het misbruik van een economische machtspositie verboden. Daarbij mogen overheidsmaatregelen niet het nuttig effect aan de mededingingsregels ontnemen.

Een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is een onderneming. Aan deze onderneming is door de verplichtstelling een uitsluitend recht toegekend. Het toekennen van dat uitsluitende recht is niet in strijd met het mededingingsrecht. De reden hiervoor is dat de verplichtstelling noodzakelijk is voor het bedrijfstakpensioenfonds om de opgedragen taak van algemeen economisch belang uit te kunnen voeren.

Voor de beoordeling van het basisscenario in paragraaf 3.5 is verder van belang dat de cao of andere sociale afspraak tussen sociale partners waarin een pensioenregeling is afgesproken niet valt onder het mededingingsrecht. Ook verhindert het mededingingsrecht niet dat de overheid een dergelijke cao bindend oplegt.

De voordelen die bepaalde instellingen direct of indirect dankzij de verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds hebben verkregen vallen niet onder staatssteun.

---

84 Appeldoorn en Vedder (2013), p. 263.

85 Appeldoorn en Vedder (2013), pp. 266-267.

86 Slot (2012), par. 7.5.2.1.

87 HvJ 17 maart 1993, gevoegde zaken C-72/91 en C-73/91 (*Sloman Neptun Schiffahrts*), Jur 1993 I-00887, r.o. 19, met daarin verwijzing naar HvJ 24 januari 1978, C-82/72 (*Van Tiggele*), Jur. 1978, p. 25.

3.4 Bindingen aan een bedrijfstakbrede pensioenregeling

3.4.1 Vormen van binding

Binding aan een bedrijfstakbrede pensioenregeling kan op meer manieren plaatsvinden. Binding is mogelijk bij formele wet, bij materiële wet, bij cao en bij overeenkomst.

Binding bij formele wet

Binding bij formele wet komt voor bij het ABP en bij het Notarieel Pensioenfonds. De Wet privatisering ABP (WPA) bepaalt dat de pensioenaanspraken van overheidswerknemers worden vastgelegd in een overeenkomst naar burgerlijk recht (art. 4 lid 1 WPA). Dit was aanvankelijk een overeenkomst tussen de Minister van BZK en de meerderheid van de centrales van overheidspersoneel, (artikel 4 lid 2 WPA). Nadien zijn de meerderheid van de sectorwerkgevers en de meerderheid van de centrales van overheidspersoneel bevoegd tot het wijzigen of vervangen van die overeenkomst (artikel 4 lid 3 WPA). De formele wet – de WPA - bepaalt vervolgens dat de overheidswerkgevers en de overheidswerknemers zijn gebonden aan de overeenkomst en dat zij verplicht zijn tot (voor zover hier van belang) het naleven van de statuten en reglementen van het pensioenfonds (artikel 4 lid 5 WPA). De wet regelt eveneens welk pensioenfonds dat is: overheidswerknemers zijn verplicht deel te nemen in de Stichting Pensioenfonds ABP (het ABP, artikel 21 lid 1 WPA). De Wet op het notarisambt bepaalt dat notarissen, kandidaat notarissen en toegevoegd notarissen verplicht zijn tot deelneming in de Stichting Notarieel Pensioenfonds (art. 113a lid 1).

Binding bij materiële wet

Bij het besluit tot verplichtstellen op grond van de Wet Bpf 2000 dan wel de WVB is er sprake van binding bij een materiële wet. Bij de Wet Bpf 2000 kan op aanvraag van het (voldoende representatieve) georganiseerde bedrijfsleven de Minister van SZW deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds verplichtstellen (artikelen 2 lid 1 Wet Bpf 2000). Door een besluit tot verplichtstellen zijn dan de deelnemers en indien het gaat om werknemers hun werkgevers verplicht de statuten, reglementen en daarop gebaseerd besluiten van het betreffende bedrijfstakpensioenfonds na te leven (artikel 3 en 4 Wet Bpf 2000). Onder omstandigheden is vrijstelling mogelijk. De vrijstelling is mogelijk op grond van artikel 13 Wet Bpf 2000 en nader geregeld in het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000. Bij de WVB kan op aanvraag van een (voldoende representatieve) beroepspensioenvereniging de Minister van SZW het deelnemen in een beroepspensioenregeling verplicht stellen (artikel 5 lid 1 WVB). De beroepspensioenvereniging kiest één pensioenuitvoerder voor die verplichtgestelde beroepspensioenregeling (artikel 8 WVB). De binding aan de pensioenuitvoerder vloeit voort uit de samenhang tussen het verplichtstellen van de regeling en het wettelijke recht van de beroepspensioenvereniging om een pensioenuitvoerder te kiezen.

Binding bij cao

Een cao is een overeenkomst tussen een of meer (verenigingen van) werkgevers en een of meer verenigingen van werknemers over arbeidsvoorwaarden die bij arbeidsovereenkomsten in acht

moeten worden genomen (artikel 1 Wet cao). Een cao treedt pas als zodanig in werking na aanmelding bij de Minister van SZW (artikel 4 Wet op de loonvorming).[88] De leden van de verenigingen die de cao zijn aangegaan zijn tijdens de duur van de cao gebonden om de cao ten uitvoer te brengen, ofwel de cao na te leven (artikel 9 Wet cao). Voor dergelijke gebonden werkgevers en werknemers gelden de bepalingen van de cao, ook als een werkgever en een werknemer iets anders overeenkomen; een dergelijke afwijkende afspraak is nietig tenzij het gaat om een verbetering ten opzichte van een minimum-cao (artikel 12 Wet cao). Daarbovenop gelden indien werkgever en werknemer in hun arbeidsovereenkomst iets niet regelen waarover in de cao wel bepalingen zijn opgenomen die cao-bepalingen (artikel 13 Wet cao). Verder moet de werkgever die aan de cao is gebonden de cao ook nakomen tegenover werknemers die niet aan de cao zijn gebonden, ofwel werknemers die geen lid zijn van de vakbond (artikel 14 Wet cao). Deze werknemers hebben de vakbond echter wel nodig om een werkgever te dwingen de cao jegens hen na te komen, zelf kunnen zij dat niet.[89]

Een cao geldt alleen voor de georganiseerde werkgevers en werknemers, dat wil zeggen de werkgever die partij is bij een cao of lid is van de werkgeversorganisatie die partij is bij de cao, alsmede de leden van de werknemersvereniging die partij is bij de cao. De cao geldt niet voor ongebonden werkgevers en werknemers. Een cao op zichzelf kan daardoor niet met zekerheid een bedrijfstakbrede binding aan een pensioenregeling of een bepaalde pensioenuitvoerder van een pensioenregeling tot stand brengen. Bovendien laat de cao-binding toe dat bij aanvang van de cao gebonden werkgevers zich aan een nieuwe cao onttrekken door het lidmaatschap van de werkgeversvereniging te beëindigen (artikel 10 Wet cao). Ander gezegd, de continuïteit van de binding is zowel vatbaar voor stemmen met de voeten als afhankelijk van de continuïteit van de cao dan wel cao-partijen.[90]

Bedrijfstakbrede binding aan een cao kan wel tot stand worden gebracht door algemeen verbindend verklaring van cao-bepalingen zoals geregeld in de Wet AVV. De Wet AVV vult de verplichting in om collectief overleg tussen sociale partners te ondersteunen (artikel 6 lid 1 en lid 2 ESH). In zijn uitwerking leidt algemeen verbindend verklaring tot een vergelijkbaar resultaat als een verplichtstelling: de cao is verbindend voor alle werkgevers en werknemers ten aanzien van de arbeidsovereenkomsten die onder de cao vallen of zouden vallen (artikel 2 lid 1 Wet AVV). Zo kan de keuze voor een bepaalde uitvoerder in een cao door algemeen verbindendverklaring ook aan ongeorganiseerde werkgever worden opgelegd. De Wet AVV staat hieraan niet in de weg. Echter, volgens de huidige lagere regeling is algemeen verbindend verklaring van cao-bepalingen over pensioenen niet mogelijk (Toetsingskader AVV, paragraaf 4.3, onder 4).[91] De achtergrond hiervan is (mede) dat juist de Wet Bpf 2000 dient voor bedrijfstakbrede binding van afspraken over pensioen voor in beginsel onbepaalde tijd, terwijl AVV-verklaring van cao-bepalingen betreffende fondsen voor ten hoogste vijf jaar mogelijk is. Bij een wijziging van de vormgeving van verplichtstelling valt die ratio voor een afzonderlijke Wet Bpf 2000 mogelijk weg en zou overwogen kunnen worden binding

88 Zie ook HR 13 april 2001, JAR 2001/82, en HR 30 november 2001, JAR 2002/16.
89 HR 7 juni 1957, NJ 1957, 527 (Suk/Britannia).
90 Dit neemt niet weg dat een uitvoeringsovereenkomst een langere looptijd kan hebben dan de cao.
91 Beleidsregel Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen (AVV), laatstelijk gewijzigd bij beleidsregel van 28november 2013, *Stcrt.* 2013, 34 009.

aan een uitvoerder door toegesneden AVV-beleid mogelijk te maken. Uiteraard is ook een aangepaste Wet Bpf 2000 of een specifieke bepaling in een andere pensioenwet enkel gericht op verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenregeling mogelijk.

Binding door overeenkomst

Binding door een overeenkomst komt onder andere voor bij pensioenregelingen van afzonderlijke werkgevers en bij niet-verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen.[92] De arbeidsovereenkomst omvat dan een pensioenovereenkomst, vaak met een verwijzing naar het pensioenreglement voor de inhoud van de pensioenregeling. De binding door een overeenkomst is beperkt tot de partijen bij de overeenkomst.

Conclusie

Voor de bedrijfstakbrede binding – dat wil zeggen alle werkgevers en werknemers die werkzaam zijn in een nader bepaalde bedrijfstak - aan een pensioenregeling of een pensioenuitvoerder is een daarop toegesneden wettelijke grondslag nodig. De overeenkomst en ook de cao is daarvoor niet het geschikte instrument.. Er is daarom een aanvullende wettelijke maatregel vereist om ook de ongeorganiseerden te binden.

3.5 Het basisscenario

3.5.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt het basisscenario van verplichtstelling van de regeling en bedrijfstakbrede binding aan een pensioenuitvoerder getoetst aan het mededingingsrecht. Om dit basisscenario te realiseren zijn vier stappen vereist:

1. een besluit van sociale partners over de bedrijfstakpensioenregeling;
2. een overheidsbesluit tot het bindend opleggen van het besluit van sociale partners over de bedrijfstakpensioenregeling;
3. een besluit van sociale partners voor de keuze voor een bepaalde pensioenuitvoerder, en
4. het bindend maken van de keuze voor die pensioenuitvoerder.

De vier stappen vallen uiteen in twee groepen namelijk enerzijds een besluit van sociale partners (stap 1 en 3) en anderzijds een besluit of maatregel van de overheid (stap 2 en 4). Zo groepsgewijs ingedeeld worden de stappen getoetst aan het mededingingsrecht.

3.5.2 Besluit sociale partners over de pensioenregeling of de pensioenuitvoerder

Pensioen is een arbeidsvoorwaarde. Partijen bij de arbeidsovereenkomst, werkgever en werknemer, kunnen ook een pensioenovereenkomst sluiten. De pensioenovereenkomst is een onderdeel van de arbeidsovereenkomst.[93] Vaak is de basis in een cao gelegd. De rechtsbetrekking tussen werkgever en werknemer bij verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds en de rechtsbetrekking tussen een overheidswerkgever en een overheidswerknemer als bedoeld in de Wet privatise-

92 Vgl. HR 13 september 2002 (bedrijfstakpensioenfonds Zeevis), ECLI:NL:HR:2002:AE4435.
93 Lutjens (2014).

ring ABP zijn met een pensioenovereenkomst gelijk gesteld (artikel 2 lid 2 PW). Door overeenkomsten te sluiten over pensioen maken sociale partners recht van hun grondrecht op collectief onderhandelen..[94] Zoals in paragraaf 3.3.4 is besproken vallen overeenkomsten met als doelstelling het verbeteren van werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden die in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten, wegens hun aard en hun doel niet onder het mededingingsrecht. Het besluit van de sociale partners over een binding aan een bedrijfstakpensioenregeling is daarom niet in strijd met het mededingingsrecht. In het verlengde hiervan valt ook een cao-afspraak ten aanzien van het aanwijzen door sociale partners van een pensioenuitvoerder voor hun pensioenregeling buiten de werkingssfeer van het EU-mededingingsrecht. In *Van der Woude* bepaalde het HvJ dat het feit dat de uitvoering, in het concrete geval: een verzekeringsactiviteit, is uitbesteed geen grond is om de cao uit te sluiten van de uitzondering zoals die is gemaakt in *Albany*: "Een dergelijke beperking zou namelijk een ongerechtvaardigde ingreep in de vrijheid van de sociale partners betekenen, die, wanneer zij een overeenkomst sluiten over een bepaald aspect van de arbeidsvoorwaarden, eveneens tot oprichting van een apart orgaan voor de uitvoering van de overeenkomst moeten kunnen besluiten en bepalen, dat dit orgaan een andere verzekeraar kan inschakelen".[95]

Waar het, ook in *Van der Woude*, om gaat is dat weliswaar per iedere afzonderlijke afspraak van sociale partners moet worden onderzocht of deze een arbeidsvoorwaardelijk karakter heeft en naar zijn aard en doel buiten de werkingssfeer van het mededingingsrecht valt, alleen staat dat in de regel van cao-bepalingen vast.[96] Een toetsing op proportionaliteit is niet vereist.[97] In de literatuur is mede daardoor opgemerkt dat de cao-uitzondering geldt: "voor zowel het bepalen van de inhoud van de voorzieningen als de aanwijzing van een bepaalde uitvoerder. Beide aspecten vormen namelijk het geheel van de pensioenregeling waarover in het kader van het collectieve overleg tussen sociale partners over de verbetering van de werkgelegenheid- en arbeidsvoorwaarden wordt onderhandeld".[98]

3.5.3 Overheidsbesluit tot het bindend opleggen van de bedrijfstakpensioenregeling en pensioenuitvoerder

Een aanvullende wettelijke maatregel waardoor een bedrijfstakbrede binding tot stand komt heeft als effect dat voor de uitvoering van de betreffende pensioenregeling geen of beperkte concurrentie mogelijk is. Dat effect is het gevolg van het toekennen van een uitsluitend recht aan de betreffende pensioenuitvoerder. Het toekennen van een dergelijk exclusief recht is volgens *Albany* niet in strijd met het verbod op misbruik van machtspositie (artikel 102 VWEU), noch met het voorschrift dat de lidstaat bij het toekennen van uitsluitende rechten geen enkele maatregel neemt of handhaaft die in strijd is met de regel van de EU-verdragen (artikel 106 lid 1 VWEU). De voorwaarde hierbij is dat het bijzondere recht noodzakelijk is om samengevat de goede en slechte risico's bij elkaar te houden, gegeven een solidaire pensioenregeling.

---

94 Zie artikel 5 Europees Sociaal Handvest (herzien), 3 mei 1996, *Trb.* 2004, 13. Zie ook ILO C087 - Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87) en de in artikel 152 en 153 VWEU erkende bevoegdheden.

95 HvJ 21 september 2000, C-222/98 (*Van der Woude*) Jur. I-07111*,* r.o. 26.

96 Stege (2004), p.p. 113-114.

97 Wirtz (2006), pp. 211-212.

98 Sluijs (2004), p. 134.

Hiernaast moet het opleggen van een bedrijfstakbrede binding verenigbaar zijn met de bepalingen over het vrije verkeer (artikelen 56 en 57 VWEU).[99] De opgelegde binding kan het vrije verkeer van diensten beperken indien die maatregel de mogelijkheid beperkt voor buitenlandse aanbieders om hun diensten aan te bieden dan wel de Nederlandse dienstontvangers (de sociale partners) afschrikt om een buitenlandse aanbieder te kiezen.[100] Het moet dan wel gaan om aanbieders die de betreffende pensioenregeling kunnen uitvoeren.[101] Slechts indien er sprake is van dwingende redenen van algemeen belang, kan een uitsluiting van buitenlandse aanbieders gerechtvaardigd zijn, mits die maatregel nuttig is voor het beoogde doel en proportioneel is en derhalve niet verder gaat dan noodzakelijk is voor dat doel.[102] Het behouden van het financiële evenwicht in een sociale zekerheidstak kan een dwingende reden van algemeen belang vormen.[103] Een verplichte aansluiting bij een stelsel dat een sociaal doel nastreeft (werken volgens het solidariteitsbeginsel) kan gerechtvaardigd worden door een dwingende reden van algemeen belang. Die reden van algemeen belang is dan het doel om het financiële evenwicht in het stelsel te behouden. De verplichte aansluiting kan een geschikt middel zijn om dat doel te bereiken.[104] Deze argumenten zijn echter nog geen overtuigende onderbouwing voor de uitsluiting van buitenlandse toegelaten pensioenuitvoerders bij de keuze van de sociale partners voor een dergelijke uitvoerder en het vervolgens bindend opleggen daarvan. Voor buitenlandse IORP's is op grond van artikel 20 IORP-richtlijn voorzien in de naleving van het Nederlands sociaal en arbeidsrecht, dus in het belang van handhaving daarvan kan geen argument gevonden worden om de buitenlandse aanbieder uit te sluiten. Voor zover de aard van de verplichtstelling specifieke eisen zou meebrengen, kunnen deze eisen als nadere bepalingen van sociaal en arbeidsrecht geformuleerd worden. De toereikendheid van de financiële opzet van de buitenlandse pensioenuitvoerder kan als een Nederlands belang worden gezien, maar juist dit aspect is op grond van de EU-regelgeving toegewezen aan regels en toezicht in het home-country van de pensioenuitvoerder. Een uitsluiting van buitenlandse pensioenuitvoerders lijkt daarom niet toelaatbaar te zijn. Dat is bij de huidige Wet Bpf 2000 anders te beoordelen, waar alleen het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds als pensioenuitvoerder is toegelaten, omdat hier specifieke regels in de Wet Bpf 2000 zijn opgenomen ten aanzien van het functioneren van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds en er a priori geen keuze van de pensioenuitvoerder is.

3.5.4 Conclusie

- Het besluit van sociale partners over de pensioenregeling kan, als overeenkomst gesloten in het kader van collectieve onderhandelingen die tot doel heeft om de arbeidsvoorwaarden te verbeteren, buiten de werkingssfeer van het mededingingsrecht vallen (*Albany*);
- Het overheidsbesluit tot het bindend opleggen van het besluit van sociale partners over de pensioenregeling is geen maatregel die het nuttig effect aan het mededingingsrecht ontneemt;
- Het besluit van sociale partners wat betreft de keuze voor een bepaalde pensioenuitvoerder valt onder de cao-uitzondering (*Van der Woude*), en;
- Het bindend maken door de overheid van de keuze van sociale partners voor een bepaalde pensioenuitvoerder, wat het toekennen van een uitsluitend recht inhoudt, is toegestaan nu het

99 *Kattner*, r.o. 76.
100 *Kattner*, r.o. 77.
101 *Kattner*, r.o. 80-81.
102 HvJ 5 december 2006, gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04 (*Cipolla*), r.o. 61.
103 Smits en Peerbooms), r.o. 72.
104 *Kattner*, r.o. 87-88.

gaat om een dienst van algemeen economisch belang en het bindend opleggen noodzakelijk is om een solidaire pensioenregeling uit te kunnen voeren (*Albany, AG2R*).

3.6 Doorkijk naar andere alternatieven

3.6.1 De alternatieve scenario's

De vier alternatieve scenario's zijn schematisch weergegeven (Tabel 3.1).
Alternatief scenario I behelst de verplichtstelling van de pensioenregeling op verzoek van het georganiseerde bedrijfsleven, geen verplichtstelling van de pensioenuitvoerder, maar deze kan bij cao of door een afzonderlijke werkgever worden aangewezen. De gebundelde uitvoering voor de gehele bedrijfstakpensioenregeling is losgelaten.
Alternatief scenario II betreft de verplichtstelling van de pensioenregeling op verzoek van het georganiseerde bedrijfsleven, met keuze van de deelnemer voor de pensioenuitvoerder. Hierbij is aangenomen dat de deelnemer niet de contractspartij van de pensioenuitvoerder is (geen herinvoering PSW-C-polis).
Alternatief scenario III is verplichtstelling van de pensioenregeling rechtstreeks bij wet met keuzevrijheid bij cao-partijen of de afzonderlijke werkgever van de pensioenuitvoerder van de regeling.
Alternatief scenario IV houdt in dat de verplichtstelling van de pensioenregeling rechtstreeks bij wet plaats vindt, met keuzevrijheid van de deelnemer van de pensioenuitvoerder van de regeling. Evenals bij alternatief scenario II is hierbij aangenomen dat de deelnemer niet de contractspartij van de pensioenuitvoerder is.

Tabel 3.1 Varianten voor de verplichtstelling

	Alternatief I	Alternatief II	Alternatief III	Alternatief IV
Regeling	Verplicht op grond van verzoek	Verplicht op grond van verzoek	Verplicht bij wet	Verplicht bij wet
Pensioenuitvoerder	Bij cao of keuze individuele werkgever	Keuze deelnemer	Bij cao of keuze individuele werkgever	Keuze deelnemer

3.6.2 Beoordeling

Bij de doorkijk naar de alternatieve scenario's is het toetsingskader van het basisscenario ten aanzien van het mededingingsrecht en het vrije verkeer van overeenkomstige toepassing. Ook de conclusie dat dit scenario niet in strijd is met het mededingingsrecht, geldt dit ook voor de alternatieve scenario's, waar zelfs minder beperking is van de vrije mededinging en het vrije verkeer dan in het basisscenario. Dat betekent de genoemde overeenkomsten van sociale partners en het besluit van de overheid tot het bindend opleggen van de pensioenregeling niet in strijd is met het mededingingsrecht. Bij de keuze van de pensioenuitvoerder kunnen gelet op de regels van het vrije verkeer de buitenlandse pensioenuitvoerders niet buitengesloten worden, maar wel worden gebonden aan het Nederlands sociaal en arbeidsrecht. Voor de buitenlandse verzekeraar is daar in de Pensioenwet met artikel 30 PW in voorzien.

3.7 Het algemeen pensioenfonds en de verplichtstelling

3.7.1 Algemeen

Volgens het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds kan het algemeen pensioenfonds geen verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling uitvoeren. In het basisscenario wordt dat wel mogelijk. In deze paragraaf wordt bekeken of de aard en opzet van het algemeen pensioenfonds tot een andere beoordeling vanuit het mededingingsrecht gekomen moet worden dan in paragraaf 3.5 als conclusie is getrokken. Het algemeen pensioenfonds is een pensioenfonds en is daardoor gebonden aan de financiële eisen van het FTK en de voorschriften voor de productvoering door pensioenfondsen (artikelen 116-120 PW). Dit betekent onder meer dat een algemeen pensioenfonds slechts activiteiten in verband met pensioen en wat daarmee verband houdt mag uitvoeren. Voor het algemeen pensioenfonds geldt evenwel geen beperking tot het werken voor een bepaalde kring, een bepaald domein. Het algemeen pensioenfonds heeft een open karakter. Zoals in paragraaf 3.2 is opgemerkt is de beperking van het domein bij een bedrijfstakpensioenfonds geen wezenlijke beperking doordat een bedrijfstakpensioenfonds ook buiten en naast de verplichte deelneming mag werken voor meer dan een bedrijfstak. Een verschil is wel gelegen in het aanhouden van een financieel geheel per collectiviteitkring in het algemeen pensioenfonds.

3.7.2 De besturing van het algemeen pensioenfonds

Een algemeen pensioenfonds heeft net als iedere andere stichting een bestuur (artikel 2:PM BW). Voor de inrichting van het bestuur kan het algemeen pensioenfonds kiezen uit alle vijf bestuursmodellen van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen.[105] [106] Vanuit een voorkeur voor een in omvang beperkt bestuur wordt een paritair bestuur geschikt geacht voor een algemeen pensioenfonds met een of enkele werkgevers, en een onafhankelijk bestuur voor andere gevallen.[107] Ten aanzien van de bestuurstaak moet in het bestuur onderscheid gemaakt worden tussen de bedrijfsvoering en beslissingen over de pensioenregelingen.[108]

De inrichting van het intern toezicht bij een algemeen pensioenfonds is afhankelijk van het gekozen bestuursmodel. Bij een paritair of een onafhankelijk bestuur moet het intern toezicht worden uitgeoefend door een raad van toezicht (gewijzigd artikel 103 lid 3 PW). Bij een gemengd bestuur is er sprake van een éénlaagsbestuur, ofwel wordt het bestuur verondersteld toezicht op zichzelf te houden. Het intern toezicht bij een algemeen pensioenfonds mag niet plaatsvinden door middel van een visitatiecommissie vanwege de complexiteit van het uitvoeren van meerdere pensioenregelingen met afgescheiden vermogens.[109]

105 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 117, nr. 3, p. 12.

106 Wet van 10 juli 2013 tot wijziging van de Pensioenwet en enige andere wetten in verband met versterking van het bestuur bij pensioenfondsen en enige andere wijzigingen (Wet versterking bestuur pensioenfondsen), *Stb.* 2013, 302. De bestuursvormen zijn: paritair bestuur (artikel 100 PW), onafhankelijk bestuur (artikel 101 PW) en gemengd bestuur (artikel 101a PW), met als varianten paritair gemengd en (al dan niet paritair) omgekeerd gemengd.

109 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 117, nr. 3, pp. 13-14.

109 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 117, nr. 3, pp. 13-14.

109 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 117, nr. 3, pp. 13-14.

De medezeggenschap bij een algemeen pensioenfonds is evenals het interne toezicht afhankelijk van het bestuursmodel: bij een paritair of een paritair gemengd bestuur dan wel een omgekeerd gemengd bestuur moet het algemeen pensioenfonds een verantwoordingsorgaan instellen per collectiviteitkring (gewijzigd artikel 115 lid 1 PW). Iedere onderneming, bedrijfstak dan wel beroepspensioenregeling binnen een en dezelfde collectiviteitkring moet in het verantwoordingsorgaan vertegenwoordigd zijn met ten minste een deelnemer en een pensioengerechtigde (nieuwe artikel 115 lid 3 PW). Bij een onafhankelijk of onafhankelijk gemengd bestuur moet het algemeen pensioenfonds een belanghebbendenorgaan instellen per collectiviteitkring (gewijzigd artikel 115b lid 1 PW).

De benoeming, schorsing en ontslag van onafhankelijke bestuursleden verloopt volgens de wijze die in de statuten is vastgelegd. Statutair wordt daarbij een partij aangewezen die bevoegd is tot benoeming schorsing en ontslag. De PW zelf regelt slechts dat het bestuur een profielschets voor (nieuwe) bestuursleden opstelt (artikel 101 lid 2 PW), waarop de raad van toezicht een goedkeuringsrecht heeft (artikel 104 lid 3 onder b PW). Verder bevat de PW een regeling over het melden van disfunctioneren van het bestuur door de raad van toezicht aan het belanghebbendenorgaan en aan de partij die bevoegd is tot benoemen, en uiteindelijk aan DNB (artikel 104 lid 5 PW). Het belang van die regeling voor de vraag naar de machtsstructuur bij het algemeen pensioenfonds is beperkt: schorsing en ontslag kunnen weliswaar het gevolg zijn van disfunctioneren alleen gaat het hier om schorsing en ontslag omdat (het handelen van) een bestuurslid de benoemende partij niet aanstaat. Dat valt niet per se samen met disfunctioneren.

Bij of krachtens AMvB kunnen andere regels worden gesteld wat betreft de bevoegdheden van de raad van toezicht ten aanzien van benoeming en ontslag (artikel 104 lid 10 PW).

Zodoende lijkt de weg vrij voor een vergaande invloed van de oprichter(s) van een algemeen pensioenfonds ten aanzien van het bestuur. Een beperking is wel dat de bestuursleden van een fonds met een paritair bestuur welk fonds een algemeen pensioenfonds opricht geen onafhankelijke bestuursleden in dat algemeen pensioenfonds kunnen zijn.[110] Een verdere beperking is dat bij uitbesteding er geen sprake mag zijn van "personele unies op het niveau van beleidsbepalers of medebeleidsbepalers tussen [het algemeen pensioenfonds] en de derden waaraan werkzaamheden worden uitbesteed".[111] Hierdoor wordt mogelijk het benoemen van exact de gewenste man/vrouw in het bestuur door de oprichter bemoeilijkt (en ook bijvoorbeeld omdat met het oog op de geschiktheidseisen de groep van potentiële bestuurders beperkt is; een geschikte bestuurder zal gelet op de vereiste kennis en vaardigheden vermoedelijk bij de oprichter in de bovenste regionen van de organisatie vertoeven).

Tot slot, het belang van het benoemen, schorsen en ontslaan is ook gelegen in de concentratie van macht bij het bestuur van het algemeen pensioenfonds, met name bij de keuze voor een onafhankelijk bestuur. Na overdracht van de balans naar het algemeen pensioenfonds resteert voor sociale partners invloed via het belanghebbendenorgaan. Het belanghebbendenorgaan heeft echter alleen invloed op de eigen collectiviteitkring (nieuw artikel 115b lid 3 PW), en beschikt daartoe over goedkeuringsrechten die de inhoud van de pensioenregeling nauwelijks overstijgen (artikel 115c lid 9 PW) en ten aanzien van de koers van het algemeen pensioenfonds over enige adviesrechten (artikel

110 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 117, nr. 9, p. 15.
111 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 117, nr. 9, p. 25.

115c lid 2 PW), ofwel over een indirecte invloed op die koers. Overigens past een dergelijke machtsstructuur uitstekend bij het uitgangspunt dat het bestuur het hoogste orgaan van de rechtspersoon is.[112]

In hoofdstuk 4 zal worden ingegaan op enkele manieren waarop partijen de inrichting van een algemeen pensioenfonds voor zich zien (de ontwikkelingen op de markt). Deze types algemeen pensioenfonds voldoen alle aan de bovenstaande generieke beschrijving.

3.7.3 Basisscenario en uitvoeren verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling door een algemeen pensioenfonds getoetst aan mededingingsrecht

Bij de bespreking van het uitvoeren van een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling door een algemeen pensioenfonds is de voorvraag of het verschil maakt of de pensioenregeling wordt uitgevoerd door een bedrijfstakpensioenfonds of door een algemeen pensioenfonds. Die vraag komt op wegens het open karakter van het algemeen pensioenfonds. Het open karakter is bedoeld om het algemeen pensioenfonds een rol bij de consolidatie van pensioenfondsen te laten spelen.[113] Daarin ligt het benutten van schaalvoordelen besloten. Zoals aangegeven is het benutten van schaalvoordelen op zichzelf niet in strijd met het mededingingsrecht. Waar het om gaat is of er sprake is van een machtspositie en vervolgens of er misbruik van die machtspositie wordt of kan worden gemaakt. De begrippen machtspositie en misbruik zijn in paragraaf 3.3.5 besproken.

Wat betreft het mededingingsrecht gelden de in paragraaf 3.5 getrokken conclusies overeenkomstig voor het algemeen pensioenfonds. Het verlenen van een exclusief recht aan een algemeen pensioenfonds op zichzelf is daarom niet in strijd met het mededingingsrecht. Het uitvoeren van een bindend opgelegde pensioenregeling zelf kan kwalificeren als DAEB. Hierbij geldt wel de eis dat het verlenen van het exclusieve recht is gerechtvaardigd teneinde de beoogde solidariteit te kunnen behouden. Hiervoor lijkt noodzakelijk dat de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling een eigen collectiviteitkring binnen het algemeen pensioenfonds zal zijn. Ook verdient aandacht dat bij het "verzachte mededingingsregime" van artikel 106 lid 2 VWEU de overheid er bij het vormgeven van de uitvoering van de DAEB voor moet zorgen de betreffende onderneming niet in de toestand te brengen dat die onderneming niet anders kan dan misbruik te maken van zijn machtspositie. Tevens is van belang dat het toekennen van een uitsluitend recht als zodanig misbruik van machtspositie kan opleveren indien de onderneming niet aan de vraag kan voldoen.[114]

3.7.4 Misbruik door algemeen pensioenfonds

Het algemeen pensioenfonds kan ook zelf(standig) misbruik van machtspositie maken. Dat kan het geval zijn indien het algemeen pensioenfonds zijn positie vanwege het uitsluitende recht om de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling uit te voeren, zou gaan gebruiken om andere activiteiten te subsidiëren. Het enkele ontplooien van andere activiteiten binnen het algemeen pensioenfonds die ook de verplichtstelling uitvoert, is echter (nog) geen misbruik. Juridisch springt vooral

112 HR 21 januari 1955, NJ 1959, 43 (Forumbank).
113 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 117, nr. 3, p. 1.
114 Steyger (2012), § 4, slot.

de vraag naar de eventuele gunstiger uitgangspositie van een algemeen pensioenfonds dat een verplichtstelling uitvoert in het oog. Die gunstiger positie zou kunnen bestaan in het ontbreken van domeinregels in combinatie met de ringfencing per collectiviteitkring of gunstiger feitelijke of juridische zeggenschapsverhoudingen. De vraag naar de relevantie van een gunstiger uitgangspositie voor het mededingingsrecht is onder andere aan de orde gekomen in de arresten *Dusseldorp* en *Connect Austria*.[115] [116] In *Dusseldorp* ging het om het uitsluitende recht van AVR om gevaarlijk afval te verwerken, terwijl ondernemingen verplicht waren hun afval (onder andere oliefilters) aan AVR af te staan.[117] Deze verplichting beperkte volgens het HvJ de afzet op een wijze die strijdig was met artikel 106 lid 1 VWEU in samenhang met artikel 102 VWEU.[118] Verder oordeelt het HvJ dat ook al zou het gaan om een taak van algemeen economisch belang de lidstaat voor de nationale rechter moeten aantonen dat het beoogde doel niet met andere middelen kan worden bereikt.[119] In *Connect Austria* werden aan een openbaar (telecom)bedrijf met een uitsluitend recht en een machtspositie frequenties toegekend zonder dat daar een vergoeding tegenover stond. Nieuwe marktdeelnemers moesten voor het gebruik van die frequenties wel een vergoeding betalen. Een dergelijke regeling kan het openbare bedrijf met de machtspositie ertoe brengen de mededinging te vervalsen door zijn machtspositie uit te breiden of te versterken, waardoor er sprake kan zijn van een maatregel die een schending van artikel 106 lid 1 VWEU in samenhang met artikel 102 VWEU vormt.[120] Het "kan" betekent dat nog wel (potentieel) misbruik moet worden aangetoond voordat er daadwerkelijk een schending is.[121]

De conclusie hieruit is dat een gunstiger uitgangspositie zelf niet zozeer relevant is. Uiteindelijk is voor het mededingingsrecht van belang of er misbruik van een machtspositie optreedt dan wel op zou kunnen treden. Aanvullende maatregelen moeten dan vanuit juridisch perspectief gericht zijn op het voorkomen en bestrijden van misbruik.

Wat misbruik betreft valt bij het algemeen pensioenfonds gelet op de in paragraaf 3.3.5 beschreven criteria inzake misbruik te denken aan kruissubsidiëring. Kruissubsidiëring komt in beeld indien de prijs die het algemeen pensioenfonds zou rekenen voor het uitvoeren van niet-verplichtgestelde pensioenregelingen lager zou liggen dan de gemiddelde variabele kosten, of indien de prijs beneden de gemiddelde totale kosten zou liggen en deze prijs is vastgesteld teneinde concurrentie uit te schakelen.[122] Het staat niet vast dat een dergelijke situatie reeds wordt voorkomen door eisen aan het algemeen pensioenfonds zoals het toepassen van het FTK per collectiviteitkring,[123] en de aanvullende eisen ten aanzien van de kostentransparante (bij en krachtens het gewijzigde artikel 25 PW), alsmede de ringfencing per collectiviteitkring en de rangregeling (gewijzigde artikelen 123 leden 3-5 Pensioenwet). Echter, door de grote schaal kan ook zonder onder de kostprijs te werken een lagere prijs worden gevraagd voor de dienstverlening. Uiteraard zal wel aan de eis van een kostendekkende premie bedoeld in artikel 128 Pensioenwet voldaan moeten zijn. Verder lijkt het niet aannemelijk dat een algemeen pensioenfonds voldoende middelen heeft om met een dergelijke

---

115 HvJ 25 juni 1998, C-203/96 (*Dusseldorp*), Jur. I-04075, respectievelijk HvJ 22 mei 2003, C-462/99 (*Connect Austria*), Jur. I-05197.
116 In detail behandeld door Braeken (2013).
117 *Dusseldorp*, r.o. 54.
118 *Dusseldorp*, r.o. 63.
119 *Dusseldorp*, r.o. 67.
120 *Connect Austria*, r.o. 85-87.
121 Braeken (2013), pp. 238-239.
122 HvJ 3 juli 1991, C-62/86 (*AKZO*), Jur. I-03359, r.o. 71-72.
123 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 117, nr. 3, p. 9.

strategie voldoende concurrenten van de markt te kunnen weren om de concurrentie uit te schakelen. Van zeggenschapsverhoudingen valt niet in te zien dat deze op zich tot misbruik aanleiding geven. Evenmin kan daarvan worden gesproken indien een algemeen pensioenfonds de gehele uitvoering van de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling zelf verricht[124], zie nader paragraaf 3.8. Dit staat er niet aan in de weg om nadere eisen te stellen aan uit de uitvoering van een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling door een algemeen pensioenfonds. Zo zouden de wettelijke eisen aan een algemeen pensioenfonds kunnen worden aangescherpt juist met het oogmerk om strijd met het mededingingsrecht te voorkomen. In zijn algemeenheid ligt het overeenkomstig toepassen van de 'markt en overheid-bepalingen' als opgenomen in de artikelen 5, 6 en 7 Wet Bpf 2000 voor de hand uiteraard toegesneden op de situatie van het open karakter van een algemeen pensioenfonds, dus in lijn van de toepassing van die artikelen voor het pensioenuitvoeringsbedrijf.

In aanvulling daarop valt specifiek te denken aan voorschriften die het algemeen pensioenfonds dwingen tot (vergaande) transparantie over zijn kosten en de toerekening daarvan aan een bepaalde regeling. Dit moet dan twee kanten op werken; de prijs voor het uitvoeren van niet-verplichtgestelde pensioenregelingen moet niet te laag zijn, en de prijs voor de wel verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen niet te hoog (om als het ware omgekeerde kruissubsidiëring te voorkomen). Voor het bepalen wat niet te laag is respectievelijk niet te hoog is, gaat het om toepassing van de misbruik criteria zoals beschreven in paragraaf 3.5.2 en het in paragraaf 3.7.3 over kruissubsidiering gestelde. Een nader voorschrift over het toerekenen van kosten en het toekennen van toezichtbevoegdheden aan de toezichthouder kan hierbij dienstig zijn.[125]

3.7.5 Conclusie

De uitvoering van een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling door een algemeen pensioenfonds levert op zich geen strijd op met het mededingingsrecht. Wel kan kruissubsidiëring tussen de verplichtgestelde en niet-verplichtgestelde pensioenregelingen leiden tot strijd met het mededingingsrecht. Een dergelijke kruissubsidiëring is als hoofdregel niet toegestaan. Kruissubsidiëring is tegen te gaan door enerzijds wettelijke eisen te stellen aan de transparantie en werkwijze van het algemeen pensioenfonds, en anderzijds door afdoende toezicht op het naleven van die eisen.

3.8 Overgang naar het algemeen pensioenfonds en herzaffen

3.8.1 Pensioenfonds en pensioenuitvoeringsbedrijf

De kerntaak van het pensioenfonds is het uitvoeren van een pensioenregeling (artikel 32 PW), waarbij een pensioenfonds ook geen nevenactiviteiten mag verrichten (dat wil zeggen: een pensioenfonds verricht slechts activiteiten in verband met pensioen en activiteiten die daarmee verband houden, artikel 116 PW). Pensioenfondsen mogen taken wel uitbesteden (artikel 34 Pensioenwet).

124 Zie in gelijke zin B.J. Drijber, Modernisering van het Uitvoeringsmodel voor Pensioenregelingen, bijlage bij Kamerstukken II 2006/07, 30 413, nr. 96.

125 Bijvoorbeeld overeenkomstig artikel 25i Mw, waarvan lid 1 bepaalt: "[e]en bestuursorgaan dat economische activiteiten verricht, brengt de afnemers van een product of dienst ten minste de integrale kosten van dat product of die dienst in rekening".

Daarbij geldt dat een pensioenfonds zelf verantwoordelijk blijft (zie ook artikelen 13 en 14 Besluit uitvoering Pensioenwet). Bovendien zijn er kerntaken die niet uitbesteed mogen worden (artikel 12 Besluit uitvoering PW). De werkzaamheden tot uitvoering kunnen – behoudens de door artikel 12 Besluit uitvoering PW gestelde beperking - integraal worden uitbesteed aan een pensioenuitvoeringsbedrijf of alleen een bepaalde werkzaamheid – bijvoorbeeld het vermogensbeheer - kan aan een gespecialiseerde partij worden uitbesteed. De integrale uitbesteding staat bekend als ontzaffen (het pensioenfonds is niet zelf administrerend).

Voor het goede begrip wordt opgemerkt dat uitbesteden niets te maken heeft met aanbesteden. Aanbesteden is een verplichting voor samengevat overheidslichamen en publiekrechtelijke instellingen (definitie 'aanbestedende dienst' en 'publiekrechtelijke instelling, artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012).[126] Het aanbestedingsrecht is niet van toepassing op uitbesteding door private partijen als een pensioenfonds noch op het verlenen van de opdracht tot het uitvoeren van hun pensioenregeling door sociale partners aan een pensioenuitvoerder.127 Hier geldt contractsvrijheid.

3.8.2 Mededingingsrechtelijke relevantie

De situatie van een pensioenfonds en het pensioenuitvoeringsbedrijf zou mogelijk mededingingsrechtelijk van belang geacht kunnen worden wanneer het algemeen pensioenfonds dat een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling gaat uitvoeren door omvorming van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds tot een algemeen pensioenfonds vervolgens de activiteiten van het voormalige pensioenuitvoeringsbedrijf van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds integraal overneemt. Het beëindigen van een lopende uitbesteding door een pensioenfonds om zelf weer de betrokken werkzaamheden uit te gaan voeren stuit niet op juridische bezwaren vanuit de Pensioenwet. Sterker, in deze mogelijkheid is expliciet voorzien met het voorschrift dat in de uitbestedingsovereenkomst moet zijn geregeld "de wijze waarop wordt gewaarborgd dat het pensioenfonds de werkzaamheden na beëindiging van de overeenkomst weer zelf kan uitvoeren of door een ander derde kan laten uitvoeren" (artikel 13 lid 2 onder g Besluit uitvoering PW).

Ten aanzien van uitbesteding en het mededingingsrecht is reeds eerder in de literatuur opgemerkt, in het kader van gedachten aan verplichte uitbesteding voor (vele) pensioenfondsen, dat de IORP-richtlijn niet dwingt tot uitbesteding, en (verplichte) uitbesteding "mededingingsrechtelijk een neutrale exercitie" is.[128] Voor de beoordeling van wel of niet uitbesteden zou het dan er om gaan of in het ene dan wel het andere geval eerder misbruik van machtspositie kan optreden. Hierbij is van belang dat een pensioenfonds op een andere markt werkzaam is dan een pensioenuitvoeringsbedrijf. Het pensioenfonds opereert primair op de markt voor het uitvoeren van pensioenregelingen in opdracht van sociale partners (*upstream*) en onder het verbod van nevenactiviteiten, het pensi-

126 Wet van 1 november 2012, *Stb.* 2012, 542, laatstelijk gewijzigd bij wet van 19 november 2014, *Stb.* 23014, 445.

127 Vergelijk Hof Den Bosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697, www.rechtspraak.nl: zorgverzekeraar niet aan te merken als aanbestedende dienst.

128 Drijber (2007), p. 23, nr. 65.

oenuitvoeringsbedrijf op de markt voor (pensioen)administratie, vermogensbeheer, bestuursondersteuning et cetera (*downstream*).[129] Door dat verschil zal misbruik van machtspositie op een ander moment aan de orde kunnen komen. Het is echter speculatief of er eerder een algemeen pensioenfonds met een machtspositie dan wel een pensioenuitvoeringsbedrijf met een machtspositie ontstaat. Er valt niet bij voorbaat in te zien dat de huidige diversiteit aan pensioenuitvoeringsbedrijven zou verdwijnen doordat een algemeen pensioenfonds een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling mag uitvoeren, noch dat bij het niet uitbesteden door een algemeen pensioenfonds er geen (voldoende) diversiteit bij de algemeen pensioenfondsen zou overblijven. De overwegingen die leiden tot de keuze tot uitbesteding of juist niet resp. het terugnemen van uitbesteding, zullen naar kan worden aangenomen mede worden ingegeven door elementen die te maken hebben met schaalvoordelen, kostenefficiency en beperking van (toezicht)kosten. Daarnaast is denkbaar dat sociale partners kiezen voor een nauwe, dan wel een lossere, relatie met het pensioenuitvoeringsbedrijf. Dat als zodanig geeft geen reden om dergelijke keuzes mededingingsrechtelijk als verdacht aan te merken. Een schaalvoordeel is niet in strijd met het mededingingsrecht.

De conclusie hieruit is dat er geen aanwijzingen zijn voor een mededingingsrechtelijk verschil tussen het uitvoeren van een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling door een algemeen pensioenfonds zelf dan wel door een algemeen pensioenfonds met (vergaande) uitbesteding aan een pensioenuitvoeringsbedrijf. Eerder spelen hier vragen van de gewenste marktordening en van toezicht.[130] In beide gevallen is uiteraard de kans op het ontstaan van ondernemingen met een machtspositie aanwezig. Daarbij kan het zowel om het algemeen pensioenfonds als om het pensioenuitvoeringsbedrijf gaan. Voor het pensioenuitvoeringsbedrijf dienen – uiteraard – dezelfde normen te gelden als voor het algemeen pensioenfonds wat betreft het verbod op misbruik van machtspositie.

Bij het gaan uitvoeren van de pensioenregeling van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds door een algemeen pensioenfonds kan een algemeen pensioenfonds met een groot bestand van aanspraak- en pensioengerechtigden en een dito technische voorziening met de bijbehorende middelen ontstaan. Mededingingsrechtelijk zou dat kunnen leiden tot een machtspositie. Het hebben van een machtspositie is toegestaan, het misbruik van een machtspositie is verboden. Misbruik van machtspositie komt er op neer dat leveranciers aan respectievelijk de afnemers van de betreffende onderneming geen uitwijkmogelijkheid hebben, dan wel van kruissubsidiering sprake zou zijn. Voor het tegengaan van misbruik van machtspositie geldt hetzelfde als bij het basisscenario is opgemerkt. Daarnaast zou overwogen kunnen worden de concentratiecontrole te versterken om een machtspositie te voorkomen. Ook hier wordt echter opgemerkt dat uit de huidige diversiteit in pensioenuitvoeringsbedrijven geen aanwijzing volgt dat dit zou verdwijnen met invoering van het algemeen pensioenfonds.

---

129 *Upstream* is de verwerving van grond- en hulpstoffen et cetera door de betrokken onderneming, *downstream* is het afzetten van de eigen productie door die onderneming, Whish en Bailey (2011), p. 204. Dezelfde terminologie wordt bijvoorbeeld gehanteerd in de oliesector: het oppompen van ruwe olie is *upstream*, het verkopen van de benzine die in de tank van de auto stroomt is *downstream*.

130 Wat betreft het toezicht verloopt het toezicht op de uitbestede pensioenwerkzaamheden door een pensioenuitvoeringsbedrijf indirect via het pensioenfonds, zie ook artikel 34 b PW. Het rechtstreekse toezicht op het pensioenuitvoeringsbedrijf valt buiten het onderwerp van dit rapport.

3.8.3 Conclusie

De conclusie is dat er juridisch geen verschil tussen het uitvoeren van een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling door een algemeen pensioenfonds zelf dan wel door een algemeen pensioenfonds met (vergaande) uitbesteding aan een pensioenuitvoeringsbedrijf. Hier lijkt eerder sprake van een vraagstuk van marktordening. Wel is uiteraard in beide gevallen de kans op het ontstaan van ondernemingen met een machtspositie en misbruik daarvan aanwezig – daarbij kan het zowel om het algemeen pensioenfonds als om het pensioenuitvoeringsbedrijf gaan. Maatregelen om dat te voorkomen zijn gelegen in het in paragraaf 3.7.3 opgemerkte met eventueel versterking van concentratietoezicht.

3.9 Continuïteit van de uitvoering

3.9.1 Inleiding

Een verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds geldt thans in beginsel voor onbepaalde tijd. Indien de verplichtstelling anders wordt vorm gegeven, is de vraag of de continutiet van de uitvoering voldoende is gewaarborgd. Over dit onderwerp geeft dit rapport enkele verkennende beschouwingen.

3.9.2 Duur van de binding en continuiteit

Voor de duur van de binding aan een pensioenuitvoerder in het basisscenario wordt in dit rapport tot uitgangspunt genomen dat dat vijf jaar zal zijn. Deze periode geldt bijvoorbeeld voor levensverzekeringsovereenkomsten in het verzekeringsrecht en in de Wet AVV, alsmede betreft dit de vaste periode voor het uitvoeren van de periodieke toets op de representativiteit bij de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen.

Voor eventuele maatregelen zou de regeling omtrent uitbesteding als inspiratie kunnen dienen. De relatie tussen het onderbrengen door sociale partners van hun pensioenregeling bij een algemeen pensioenfonds vertoont gelijkenissen met uitbesteding. Bij uitbesteding is een uitgangspunt dat de uitvoering na beëindiging van de uitbesteding – dat kan eerder zijn dan de vooraf overeengekomen looptijd van de overeenkomst – elders ondergebracht moet kunnen worden. Anders gezegd, de uitvoering moet eigenlijk zo plaatsvinden dat die eenvoudig te verplaatsen is. Een vergelijkbare regeling zou ook gesteld kunnen worden voor de uitvoeringsovereenkomst met een algemeen pensioenfonds.

Een andere maatregel zou kunnen liggen in de sfeer van de waardeoverdracht na beëindiging van de overeenkomst. Voor uitvoeringsovereenkomsten met verzekeraars geldt op dit punt een wettelijke regeling. De achtergrond van die regeling is de zakelijker verhouding met een verzekeraar ten opzichte van die met een ‘ eigen’ pensioenfonds. Bij het volgen van de redenering dat de relatie met een algemeen pensioenfonds eveneens zakelijker zal zijn dan die met een ‘eigen’ pensioenfonds past dan het stellen van een vergelijkbare voorwaarde wat betreft waardeoverdracht.

3.9.3 Niveau van dienstverlening

Het niveau van dienstverlening vloeit deels voort uit wettelijk eisen en het toezicht daarop (bijvoorbeeld termijnen voor het zenden van informatie dan wel veel abstracter de eis van beheerste en integere bedrijfsvoering). Voor het overige is het niveau van dienstverlening een contractuele aangelegenheid. Aanvullende maatregelen komen dan neer op extra eisen aan de uitvoeringsovereenkomst. In dergelijke extra eisen voorziet het Wetsvoorstel algemeen pensioenfonds overigens al. Indien gewenst zouden nuttig geachte voorschriften die gelden voor financiële instellingen overgenomen kunnen worden (bijvoorbeeld voorschriften zoals populair gezegd 'ken uw klant'). Daarbij verdient het karakter van het algemeen pensioenfonds als pensioenfonds – geen financiële instelling – aandacht.

3.9.4. Conclusie

Aangenomen is dat de aanwijzing van de pensioenuitvoerder in het basisscenario voor bepaalde tijd zal zijn. Overeenkomstige voorschriften tot het elders moeten kunnen onderbrengen als nu reeds geldt bij uitbesteding kunnen dan gesteld worden. Eveneens kan gezien het karakter van het algemeen pensioenfonds een vergelijkbare regeling ten aanzien van waardeoverdracht na het einde van het contract worden opgenomen als nu geldt voor uitvoeringsovereenkomsten met verzekeraars. Ten aanzien van het niveau van dienstverlening zijn reeds in het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds aanvullende eisen aan de uitvoeringsovereenkomst gesteld. Voor verdere maatregelen zou overeenkomstige toepassing van nuttig geachte voorschriften zoals die gelden voor financiële instellingen kunnen worden overwogen.

3.10 Aanpassing van wetgeving

3.10.1 Inleiding

Deze paragraaf geeft een verkennende beschouwing over de vraag welke wijziging in de wetgeving vereist is om de besproken andere vormgeving van de verplichtstelling mogelijk te maken. Dit is geen blauwdruk voor een wetsvoorstel, noch een limitatief overzicht.

3.10.2 Verkenning van noodzakelijk wijziging in wetgeving

De ander vormgeving van de verplichtstelling houdt in dat niet meer de deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds verplicht is gesteld, zoals thans in de Wet Bpf 2000, maar de deelneming in een bedrijfstakpensioenregeling.

Om deze andere vormgeving mogelijk te maken zal de Wet Bpf 2000 derhalve een andere opzet dienen te krijgen, waarbij op verzoek van de - representatieve - sociale partners de deelneming in een bedrijfstakpensioenregeling verplicht gesteld kan worden. De regeling in de Wvb zou als model gehanteerd kunnen worden. Er ontstaat een soortgelijke verplichtstelling als in de Wet AVV voor het algemeen verbindend verklaring voor cao's is aangegeven. De vormgeving in een afzonderlijke Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenregeling geeft meer uitdrukking aan het eigen karakter van deze verplichte deelneming en geeft ook de mogelijkheid gewenste toegesneden bepalingen op te nemen waar de pensioenuitvoerder aan moet voldoen.

Zoals in dit rapport is opgemerkt dient in het basisscenario ook de pensioenuitvoerder collectief verplicht gesteld te worden. Vrijwilligheid werkt niet in het basisscenario. In een nieuw opgezette Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenregeling kan ook de binding aan de door de sociale partners aangewezen pensioenuitvoerder worden geregeld.

Indien de keuze van pensioenuitvoerder ook voor de pensioenregeling voor overheidswerknemers wordt overwogen zal de verplichting tot deelneming in het ABP als thans in artikel 21 WPA neergelegd verwijderd resp. aangepast moeten worden en worden vervangen door een verplichte deelneming in de door de sociale partners bij de overheid aangewezen pensioenuitvoerder. Een overeenkomstige aanpassing is nodig wat betreft de thans in artikel 113a Wet op het notarisambt vastgelegde aanwijzing van de Stichting Notarieel Pensioenfonds indien ook daar keuze van de pensioenuitvoerder mogelijk gemaakt zou worden.

Overeenkomstig de huidige Wet Bpf 2000 zal de behoefte tot het kunnen verkrijgen van een vrijstelling van de verplichte deelneming aanwezig blijven. Aangezien in de andere vormgeving van de verplichtstelling er niet langer een pensioenuitvoerders is aangewezen en de pensioenuitvoerder van tijd tot tijd een andere kan worden, is het neerleggen van de taak tot het verlenen van vrijstelling bij de pensioenuitvoerder mogelijk minder gewenst en zou een afzonderlijk lichaam daartoe overwogen kunnen worden. Dit is een element dat nader onderzoek en uitwerking vergt.

4 Economisch deel: effecten op de marktordening

Het aanpassen van de verplichtstelling maakt vrije keuze van een pensioenuitvoerder van een pensioenregeling mogelijk. Dit betekent dat sociale partners niet alleen de pensioenregeling moeten overeenkomen, maar dit contract ook dermate compleet maken dat het valt onder te brengen (dat het 'uitbesteedbaar' wordt) op de uitvoeringsmarkt. Algemeen pensioenfondsen opgericht door verzekeraars kunnen een concurrentienadeel hebben op deze markt omdat zij een kleinere schaal hebben dan algemeen pensioenfondsen die vanuit een groot verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds ontstaan en minder banden met de vragers op deze markt, de sociale partners. In economisch opzicht leidt dit niet tot een probleem, omdat de prestaties van de markt er niet onder lijden. Er blijven naar verwachting voldoende spelers op de markt voor effectieve concurrentie.

De invoering van het algemeen pensioenfonds zal vermoedelijk tot consolidatie leiden. Hierdoor kunnen schaalvoordelen ontstaan, die kunnen leiden tot lagere uitvoeringskosten.

Dit hoofdstuk gaat specifiek over effecten die te maken hebben met de combinatie van het anders vormgeven van de verplichtstelling met het openstellen van het algemeen pensioenfonds voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen. Aangezien deze effecten alleen kwalitatief kunnen worden bezien, kunnen ze niet worden afgewogen tegen de schaalvoordelen.

4.1 Hoe gaat de markt werken?

Contractering uitvoering

In de huidige situatie is er sprake van een sterke verbinding tussen de cao-partners en het pensioenfondsbestuur van het bedrijfstakpensioenfonds dat een verplichtgestelde pensioenregeling uitvoert. Weliswaar worden personele unies in toenemende mate vermeden, er zijn nog steeds relaties via de sociale partners die aan de cao-tafel en aan de pensioenbestuurstafel zitten. Dit verandert in het basisscenario, waar cao-partners hun verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling onderbrengen bij een pensioenuitvoerder dat niet tevoren vaststaat. In deze paragraaf worden enkele mogelijke implicaties van deze nieuwe verhoudingen besproken.

Sociale partners moeten niet alleen de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling overeenkomen, maar deze ook dermate compleet maken dat het valt onder te brengen (dat het 'uitbesteedbaar' wordt) op de uitvoeringsmarkt. De pensioenregeling wordt daarmee als het ware een bestek waarop pensioenuitvoerders[131] inschrijven. Mogelijk kunnen daardoor weinig open normen[132] worden gehanteerd, maar zullen veelal specifieke gedragsregels (Service Level Agreements; al dan

[131] **Pensioenuitvoerders**: partijen die *verantwoordelijkheid voor de uitvoering* dragen, namelijk pensioenfondsen (algemeen pensioenfonds, bedrijfstakpensioenfonds, ondernemingspensioenfonds, Beroepspensioenfondsen), pensioenverzekeraars, premiepensioeninstellingen, verzekeraars met zetel buiten Nederland en IORP's.. De pensioenuitvoerders kunnen op hun beurt *uitvoeringsdiensten* inkopen bij **uitvoeringsbedrijven** (bv. administratie, vermogensbeheer). Zie ook paragraaf 2.1.

[132] Bijvoorbeeld: prudentie, evenwichtigheid, beheerst, uitlegbaar.

niet binnen bandbreedtes) worden geformuleerd. De pensioenregeling wordt daardoor completer en het bestuur van de pensioenuitvoerder heeft minder discretionaire ruimte.

Nadat de gunning heeft plaatsgevonden, wordt voor deze completere pensioenregeling een uitvoeringsovereenkomst opgesteld. Vervolgens heeft de pensioenuitvoerder minder ruimte om naar bevind van zaken te handelen, oftewel 'aan de pensioenknoppen[133] te draaien'. De pensioenuitvoerder heeft alleen nog discretionaire ruimte in situaties waarin het contract niet voorziet (de zgn. unknown unknowns).[134] Dit is een verschil met de huidige situatie[135], waarin het pensioenfondsbestuur invulling geeft aan open normen, bv. evenwichtige belangenafweging, en hierover voornamelijk intern (VO/BO, RvT) verantwoording aflegt[136]. Bijgevolg zullen deze organen hun rol moeilijker kunnen uitvoeren.

De sociale partners gaan zich toeleggen op het afsluiten van de pensioenregeling, waarbij uitruilen tussen de pensioenregeling en de overige arbeidsvoorwaarden mogelijk minder snel zullen plaatsvinden in geval de pensioenregeling daardoor minder uitvoerbaar zou kunnen worden.[137,138]

Monitoringkosten ontstaan zodra de uitbestedende of onderbrengende partij (principaal) niet overeenkomt met de uitvoerende partij, de pensioenuitvoerder (agent). In dit geval moeten de sociale partners monitoren of de pensioenuitvoerder de pensioenregeling goed uitvoert. Ook in de huidige situatie zijn pensioenfondsbestuurders anderen dan de cao-onderhandelaars. Er zijn echter diverse personele unies en directe contacten, doordat pensioenfondsbesturen worden bezet vanuit dezelfde werkgeversorganisaties en vakbonden die ook de cao en pensioenregeling hebben afgesloten. Zo zij al niet dezelfde personen zijn, dan zijn zij tenminste nauw gerelateerd met hun collega's die het andere onderdeel verzorgen. Informatie over slecht functionerende pensioenfondsbestuurders kan daardoor snel de cao-partners bereiken. Ook is er dan meer vanzelfsprekend vertrouwen tussen de sociale partners aan de cao-tafel en die in het pensioenfondsbestuur, waarbij sectordeskundigheid kan worden ingezet. Dit wordt anders als de sociale partners van de ene bedrijfstak hun pensioenregeling onderbrengen bij het pensioenfonds van een andere bedrijfstak. De relatie tussen de twee partijen is minder gebaseerd op vanzelfsprekend vertrouwen en vergt derhalve meer monitoring van de uitvoering, hetgeen kosten met zich meebrengt. Ook kan er bedoeld of onbedoeld sprake zijn van ongelijke behandeling van de 'eigen' sociale partners versus de andere 'klanten'. Bovendien moeten er na ontkoppeling andere sanctiemechanismen komen in geval de prestatie benedenmaats is. Hierbij valt te denken aan contractuele boetebepalingen, maar ook aan reputa-

---

133 De knoppen zijn: premie, indexatie, beleggingsbeleid (en als ultimum remedium: afstempelen).

134 Implicatie is dat de bestuursondersteuning (via het bestuursbureau en/of uitvoeringsbedrijf) anders van karakter wordt.

135 De extra taken die het fondsbestuur vanwege het nFTK heeft gekregen om de pensioenregeling te specificeren, maken het verschil tussen de huidige situatie en het basisscenario kleiner in termen van het completer maken van de pensioenregeling, maar zouden in het basisscenario een navenant zwaardere extra taak bij de sociale partners leggen.

136 Implicatie kan zijn dat het extern toezicht, dat momenteel aangrijpt bij het fondsbestuur, moet 'worden verlegd' naar de sociale partners. Deze mogelijkheid wordt in dit rapport niet verder onderzocht.

137 Ook nu al bestaan er bedrijfstakpensioenfondsen die een uniforme pensioenregeling uitvoeren die onderdeel is van verscheidene CAO's. In dat geval is de mogelijkheid tot uitruil tussen pensioenregeling en overige arbeidsvoorwaarden al zeer beperkt.

138 Niet iedereen beschouwt dit als een voordeel. Wanneer pensioenen vooral worden beschouwd als looncomponent, kan worden betoogd dat lagere pensioenen leiden tot lager loonkosten en daarmee tot een betere exportpositie voor Nederlandse werkgevers, hetgeen zich vertaalt in werkgelegenheid. In deze redenering maakt de pensioenregeling onderdeel uit van een insider-outsider-uitruil.

tie(schade) als disciplinerend mechanisme. In de huidige situatie kunnen bestuurders worden vervangen vanuit de organisatie die zij vertegenwoordigen, maar in het basisscenario is dat niet mogelijk. Sancties krijgen dan eerder een formeel en/of financieel karakter en leiden sneller tot een rechtsgang.

Afgezien van bovengenoemde personele relaties, is het in het algemeen niet eenvoudig om de kwaliteit van de uitvoering te monitoren. Tot op heden zijn er slechts onderlinge beoordelingen ten behoeve van prijzengala's beschikbaar, naast de CEM-database die diverse efficiëntieparameters levert en de z-score voor beleggingsresultaten (Van der Lecq, 2008). Mogelijk zou het helpen als er objectieve en meerdimensionale prestatie-indicatoren voor pensioenfondsbesturen komen. Tegelijkertijd maakt de veelheid aan aspecten, afwegingen en belangen, in een context van open normen (zie hierboven), de constructie van eenduidige criteria uitdagend en samengestelde indicatoren enigszins arbitrair als gevolg van wegingsfactoren. Daardoor is het moeilijk om van enige afstand te beoordelen of besluiten van het bestuur goed zijn. Uiteraard vervult het intern toezicht van het pensioenfonds hierin een rol, in relatie tot het VO/BO, maar de sociale partners staan buiten het pensioenfonds. Het is immers in dit scenario denkbaar dat een pensioenfonds of andere pensioenuitvoerder verscheidene pensioenregelingen met diverse bijbehorende sociale partners uitvoert.

Bovendien hebben diverse gesprekspartners (zie Bijlage A) laten weten te betwijfelen of sociale partners tot het beoordelen van de kwaliteit van de uitvoering in staat zijn en zo nodig corrigerend kunnen optreden. Dit vergt in hun optiek meer pensioenuitvoeringsexpertise dan van cao-onderhandelaars mag worden verwacht. Sociale partners moeten bovendien als opdrachtgever acteren in de pensioenuitvoeringsmarkt. Zij moeten onderhandelingen voeren met pensioenuitvoerders van hun pensioenregeling en toezien op de goede uitvoering ervan. Daarbij kunnen ook in deze fase belangentegenstellingen tussen sociale partners ontstaan (bv. lage uitvoeringskosten versus maatwerk) terwijl deze in de huidige situatie binnen het pensioenfondsbestuur worden opgelost. Het is niet bij voorbaat zeker dat de sociale partners een dermate goed onderhandelings- en monitoringresultaat bereiken, dat dit voor de betrokkenen[139] tot beter resultaat leidt dan in de huidige situatie met een aangewezen pensioenuitvoerder. Bovendien kan het lastig zijn voor sociale partners om - als klant - kritisch op te treden tegen een pensioenuitvoerder waarin de eigen organisatie, of een 'concullega' daarvan, in het bestuur zit[140].

Als het contract is verlopen en er opnieuw moet worden uitbesteed, moeten hiervoor voorbereidingen worden getroffen. Dit vergt kosten voor juridisch advies, consultants, etc. Ook ingeval de pensioenregeling uiteindelijk bij dezelfde pensioenuitvoerder blijft, moeten dergelijke specificatie- en onderbrengkosten worden gemaakt. De uitvoeringskosten worden dan ook navenant hoger ten opzichte van de huidige situatie.

Governance

De relatie tussen het pensioenfondsbestuur en de sociale partners verandert van karakter. Deze relatie duurt niet meer 'in beginsel oneindig' maar is 'voor bepaalde termijn, met mogelijkheid tot verlenging'. Dit leidt tot risico's van 'gaming': aantrekkelijk gedrag tijdens en na de gunningsfase,

139 **Betrokkenen** = deelnemers + slapers + gepensioneerden.
140 Voorbeeld: de regeling van sector X wordt uitgevoerd door het fonds van sector Y. In sector Y zijn mogelijk andere vakbonden actief dan in sector X. Zie ook hierna, in de alinea over monitoringkosten.

daarna uitvoeren en vervolgens 'end gaming' op basis van de wens al dan niet verlenging te realiseren. Hierdoor ontstaat ook een risico op onderinvestering in de relatie (hold-up-probleem).

Baten die voortkomen uit de principaal-agentrelatie betreffen de voordelen van specialisatie naar taken. De pensioenuitvoerder kan zich helemaal toeleggen op het uitvoeren van pensioenregelingen en schaalvoordelen behalen door dit voor verscheidene pensioenregelingen te verzorgen. Door de overstapmogelijkheid zullen personele unies (nog) minder vaak voorkomen. Daardoor is het gemakkelijker voor een pensioenuitvoerder om een pensioenregeling kritisch te beoordelen op uitvoerbaarheid alvorens te offreren in de onderbrengprocedure. Bovendien loopt de pensioenuitvoerder bij problemen een reputatierisico dat niet langer kan worden afgewenteld op de 'eigen' sociale partners. Daardoor zullen pensioenregelingen die eigenlijk niet financieel duurzaam zijn, minder gauw in uitvoering worden genomen.[141] Hier staat tegenover dat de eigen pensioenuitvoerder (bijvoorbeeld het bedrijfstakpensioenfonds) in het basisscenario minder vanzelfsprekend tijdens de pensioenonderhandelingen zal adviseren over de uitvoerbaarheid, zoals nu in sommige bedrijfstakken het geval is. Er zijn nu situaties waarbij het pensioenfondsbestuur de sociale partners adviseert over de pensioenregeling. Dit zal bij een uitbestedingsmarkt moeilijker of helemaal niet meer kunnen, omdat de pensioenregeling eerst wordt overeengekomen en de uitvoering pas daarna wordt ondergebracht, waarbij de offrerende pensioenuitvoerders gelijk behandeld moeten worden. De vigerende pensioenuitvoerder heeft misschien wel belang bij het geven van advies, maar slechts tot op zekere hoogte (hold up probleem). Hierdoor kan kennis onbenut blijven.

In het basisscenario voeren pensioenuitvoerders pensioenregelingen uit van andere bedrijfstakken dan die waar zij zelf uit afkomstig zijn. Het is denkbaar dat de motivatie van sociale partners om in paritaire besturen plaats te nemen, hierdoor afneemt. In dat geval zouden meer bedrijfstakpensioenfonds- of algemeen pensioenfonds-besturen het onafhankelijke model (of een van de gemengde modellen) gaan kiezen.

Markteffecten

Als de uitvoeringscontracten voor bepaalde duur zijn, bijvoorbeeld vijf jaar, kunnen sociale partners iedere vijf jaar wisselen van pensioenuitvoerder. Het is denkbaar dat de pensioenuitvoerders meer inspanningen plegen op het relatiebeheer richting potentiele toekomstige opdrachtgevers. Dit leidt tot marketinguitgaven die de uitvoeringskosten doen oplopen.

Daarnaast zijn er overstapkosten. Een belangrijk bron van overstapkosten worden gevormd door het overdragen van de activaportefeuille van de pensioenuitvoerder. Immers, alle participanten in een collectieve pensioenregeling zijn in beginsel gezamenlijk economisch eigenaar van de activa, maar de pensioenuitvoerder is de juridische eigenaar. Bij overdracht van de pensioenregeling aan een andere pensioenuitvoerder, zouden de eigendomscontracten moeten worden opengebroken en moeten posities worden teruggedraaid, voordat de nieuwe pensioenuitvoerder de beleggingsportefeuille wederom kan opbouwen, tegen de dan geldende marktprijzen. Deze kostenpost kan een omvang aannemen die voor kleinere pensioenfondsen substantieel is. Indien levering in natura

[141] Vgl. aanbeveling 1: "Besturen dienen uitsluitend pensioencontracten te accepteren die niet alleen expliciet en evenwichtig zijn met betrekking tot de pensioentoezeggingen en de premieafspraken maar ook over de toedeling van risico's." (Frijns e.a., 2010: 5).

mogelijk is, zal deze kostenpost aanzienlijk kleiner zijn. Onze gesprekspartners hebben hiervan uiteenlopende inschattingen gegeven[142].

Het aantal verplichtgestelde bedrijfstakspensioenfondsen is nu 59[143]. De vraagzijde van deze uitvoeringsmarkt voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen bevat daarmee ongeveer 59 partijen, zijnde de combinaties van sociale partners, die pensioenregelingen zijn overeengekomen. De aanbodzijde omvat aanvankelijk eveneens ongeveer 59 partijen, zijnde de huidige verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Daarnaast zijn er diverse andere pensioenuitvoerders beschikbaar. Naarmate de markt zich ontwikkelt, kan worden aangenomen dat sommige bedrijfstakpensioenfondsen niet meekomen met de concurrentie en daarom structureel niet worden gecontracteerd. Zij verdwijnen van de markt[144]. Na verloop van tijd zal het aantal voormalige verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zijn afgenomen en blijven alleen die partijen over die kunnen concurreren met andere pensioenuitvoerders, zoals algemeen pensioenfondsen, verzekeraars en PPI's[145]. Samengevat: de huidige consolidatietrend zal worden versneld.

Meer pensioenuitvoerders gaan multi-client werken, zoals uitvoeringsbedrijven dat nu al doen[146]. Ze moeten hun aandacht verdelen over verschillende pensioenregelingen, met bijbehorende sociale partners en krachtenvelden in de respectievelijke bedrijfstakken. In plaats van de huidige situatie waarin pensioenfondsbestuur en sociale partners elkaar continu tegenkomen binnen de bedrijfstak, moet de pensioenuitvoerder nu gespecialiseerde relatiebeheerders bieden, die voeling houden met de bedrijfstak. De pensioenuitvoerder zal steeds moeten kiezen tussen maatwerk t.b.v. de pensioenregelingen en kostenbeheersing in de uitvoering. Deze uitruil doet zich momenteel voor bij uitvoeringsbedrijven en zal zich dan hoger in de keten eveneens manifesteren, aangezien de pensioenuitvoerder niet meer 'dedicated' werkt voor de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling.

De pensioenuitvoerders worden concurrenten 'om de pensioenregeling'. Zij proberen concessies te winnen om pensioenregelingen voor bepaalde tijd uit te voeren. Daarbij worden ze gedreven door schaalvoordelen, met andere woorden er is een prikkel om zo veel mogelijk pensioenregelingen uit te voeren. De zittende klanten dreigen daardoor relatief minder aandacht te krijgen dan de potentiele klanten.

Overige opmerkingen

Het tussentijds wijzigen van de pensioenregeling kan doorwerken naar de uitvoeringsovereenkomst. Dit leidt tot een rem op het doorvoeren van aanpassingen in de regeling. Vanuit het oogpunt van complexiteit is dit misschien een voordeel. Vanuit het oogpunt van flexibiliteit en innovatie kan het een nadeel zijn.

142 Maatman en Steneker (2015b: par. 2.4) gaan in op verschillende vormen van activatransitie. Zij stellen een overgang onder algemene titel voor, in plaats van de collectieve waardeoverdracht.
143 Stand per Q1 2015; bron: tabel 8.17 DNB, gedownload 17 mei 2015.
144 Voorbeeld: als de sociale partners uit de bedrijfstak X kiezen om hun pensioenregeling door het bedrijfstakpensioenfonds van bedrijfstak Y te laten uitvoeren, en indien het bedrijfstakpensioenfonds X geen andere pensioenregelingen weet te contracteren, dan verdwijnt bedrijfstakpensioenfonds X van de markt.
145 Vanzelfsprekend kunnen PPI's alleen concurreren m.b.t. de uitvoering van DC-regelingen.
146 Tweede Kamer, vergaderjaar 2014-2015, 34 117, pg 11.

Wetswijzigingen met implicaties voor de pensioenregelingen (bv. nFTK) werken door naar de uitbestedingsrelaties en kunnen daar leiden tot het openbreken van contracten. Dat verlaagt de drempel om meteen de uitvoeringsrelatie te herzien. Met andere woorden als de wetgever met nieuwe normen komt, kan dit een natuurlijk moment vormen om na te denken over het elders onderbrengen van de pensioenregeling. Daardoor kunnen marktpartijen klanten winnen of verliezen. De transactiekosten van wetswijzigingen nemen daardoor toe.

De betrokkenen worden mogelijk iedere vijf jaar geconfronteerd met een andere pensioenuitvoerder die hun pensioenregeling uitvoert. Dat kan tot onduidelijkheid leiden en tot een verminderd gevoel van betrokkenheid. Men is immers doorgaans minder bekend met de pensioenregeling dan met de pensioenuitvoerder, terwijl in het basisscenario alleen de bedrijfstakpensioenregeling verplichtgesteld blijft en de pensioenuitvoerder kan wisselen. De collectiviteitkring van de pensioenregeling is abstracter dan de pensioenuitvoerder, waarmee men communiceert. De analogie met de zorgverzekering dringt zich op: als de werkgever overstapt naar een andere collectieve zorgverzekering dan kan de werknemer kiezen om mee te gaan, maar de werknemer kan ook bij oude zorgverzekeraar blijven.

Het netto-effect op innovatie is ongewis. Enerzijds heeft de pensioenuitvoerder minder prikkels tot innovatie. De resultaten daarvan komen immers doorgaans pas op langere termijn beschikbaar, terwijl de pensioenregeling dan wellicht al elders is ondergebracht (hold-up-probleem). Aangezien dit een systematisch probleem is, kan het leiden tot (nog verder) achterblijvende innovatie in de sector. Anderzijds kan de pensioenuitvoerder concurreren door innovatief te blijven. Het netto-effect op innovatie is dan ook ongewis.

De implicaties voor pensioenverzekeraars zijn eveneens ongewis. Een bedrijfstakbrede onderbrenging zou tot vergroting van hun marktaandeel kunnen leiden, in geval zij een aantrekkelijke propositie kunnen bieden ten opzichte van bedrijfstakpensioenfondsen en algemeen pensioenfondsen. Het omgekeerde is het echter geval in sectoren waar zij nu reeds niet-aangesloten werkgevers bedienen. In het basisscenario zijn deze werkgevers immers niet meer vrij in de keuze van de uitvoerder.

4.2 Ontwikkeling van de markt

Oprichting en omvorming

Uit gesprekken ontstaat de globale indruk dat vooral ondernemingspensioenfondsen en verzekeraars interesse hebben in het algemeen pensioenfonds. De uitvoeringsbedrijven lijken niet van plan te zijn een algemeen pensioenfonds op te richten, tenzij hun aandeelhouders (verplichtgestelde bedrijftakspensioenfondsen) daar een collectiviteitkring[147] van wensen te worden. De rationale voor oprichting is globaal als volgt:

- Ondernemingspensioenfonds: via het algemeen pensioenfonds kan worden samengewerkt met andere collectiviteitkringen, hetgeen tot kostenbesparing leidt. De besparingen uit hoofde van

147 Voor het aanduiden van de afgescheiden regeling zijn verschillende termen in gebruik: collectiviteitkring, compartiment, afgescheiden vermogen, ring, etc. In dit rapport wordt de term collectiviteitkring gebruikt.

schaalvoordelen in het algemeen pensioenfonds zijn echter niet evident in vergelijking tot de schaalvoordelen die uitvoeringsbedrijven nu reeds kunnen bieden. Wel is denkbaar dat de in een algemeen pensioenfonds verenigde collectiviteitkringen inkoopmacht verwerven, waardoor zij tegen gunstiger voorwaarden uitvoeringsdiensten kunnen inkopen. Afhankelijk van de mate van delegeren van bestuursbevoegdheden aan het algemeen pensioenfonds-bestuur (zie hierna) kan het algemeen pensioenfonds zorgen voor minder bestuurslast in vergelijking met het ondernemingspensioenfonds en kan de eigenheid van de kring tot op zekere hoogte worden behouden. Harmonisatie van pensioenregelingen kan worden gefaciliteerd in algemeen pensioenfonds-verband, omdat het gemakkelijker is om onderling te vergelijken ('over de schutting kijken'). De voordelen van het algemeen pensioenfonds lijken dan ook voorshands te liggen in de verlaging van de bestuurslast en in enige mate in verlaging van de uitvoeringskosten.

- Bedrijfstakpensioenfonds: vooralsnog mag alleen een niet-verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds zich omvormen tot een algemeen pensioenfonds. Dat geeft de mogelijkheid tot ringfencing in het algemeen pensioenfonds per collectiviteitskring, terwijl voor een bedrijfstakpensioenfonds de eis van een financieel geheel geldt. Voor kleinere bedrijfstakpensioenfondsen geldt eveneens dat het denkbaar is dat de in een algemeen pensioenfonds verenigde collectiviteitkringen inkoopmacht verwerven, waardoor zij tegen gunstiger voorwaarden uitvoeringsdiensten kunnen inkopen. Afhankelijk van de mate van delegeren van bestuursbevoegdheden aan het algemeen pensioenfondsbestuur (zie hierna) kan het algemeen pensioenfonds ook zorgen voor minder bestuurslast in vergelijking met het bedrijfstakpensioenfonds. In overige opzichten lijken het algemeen pensioenfonds en het bedrijfstakpensioenfonds op elkaar.
- Verzekeraars: voor hen is het algemeen pensioenfonds een manier om toe te treden tot de pensioenfondsenwereld. Het algemeen pensioenfonds is echter niet vormvrij: het moet een stichting zijn. De stichting kan geen dividend afdragen aan de verzekeraar, maar slechts een gemaximeerde vergoeding.[148] Het verdienmodel loopt via de vergoedingen voor vermogensbeheer en administratie, alsmede het eventueel verzekeren van risico's[149]. Indien de bij het algemeen pensioenfonds aangesloten collectiviteitkringen uitsluitend hun vermogensbeheer en administratie bij de verzekeraar kunnen onderbrengen, kan dit verdienmodel werken, maar is er sprake van gedwongen winkelnering. Indien de verzekeraar slechts een 'preferred supplier' is voor het vermogensbeheer en de administratie, loopt het verdienmodel gevaar.

Voor ondernemingspensioenfondsen en niet verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen staat de route naar het algemeen pensioenfonds reeds open. Voor wat betreft verzekeraars hangt het resultaat af van de mate waarin zij uitvoeringsdiensten kunnen aanbieden (vermogensbeheer, administratie, verzekeringen), hetzij als preferred supplier, dan wel via gedwongen winkelnering. Ook hier valt op voorhand niet meer over te zeggen. Wel kunnen enkele scenario's worden geschetst

148 Uit de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds: "Daarom wordt, voor het algemeen pensioenfonds, de keuze voor een rechtsvorm beperkt tot enkel de stichting. Een stichting mag namelijk geen winstuitkeringen aan derden doen. Daarmee is gewaarborgd dat de belangen van de deelnemers prioritair blijven voor het pensioenfonds. Wel kan een stichting een onkostenvergoeding van maximaal 5% van de inleggelden of het gestorte kapitaal uitkeren aan derden." In de praktijk kan het zijn dat deze 5% wordt ingevuld als vergoeding voor een achtergestelde lening t.b.v. het weerstandsvermogen van het algemeen pensioenfonds. Daarnaast kan aan de verzekeraar een vergoeding voor geleverde diensten worden betaald. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 117, nr. 3, p. 9.

149 Doorgaans betreft dit de risico's van nabestaandenpensioen en premievrije opbouw bij arbeidsongeschiktheid.

voor de wijze waarop verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen binnen een algemeen pensioenfonds kunnen worden uitgevoerd. Daarom wordt hierna verder ingegaan op de mogelijkheden van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds.

Invulling algemeen pensioenfonds

Wanneer verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zich ook mogen omvormen tot algemeen pensioenfonds, dan wel hun verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling bij een algemeen pensioenfonds mogen onderbrengen, kunnen er verschillende typen algemeen pensioenfondsen ontstaan. Uiteraard voldoen deze allemaal aan de governance-vereisten zoals beschreven in paragraaf 3.7.2. Uit de in het kader van dit onderzoek gevoerde gesprekken (zie bijlage A voor de gesprekspartners) is gebleken dat de volgende drie typen worden overwogen. Er zijn uiteraard andere typen denkbaar, maar op basis van de gevoerde gesprekken zijn er geen aanwijzingen dat deze worden overwogen.

Type 1: het algemeen pensioenfonds als gezamenlijke dienstverlener
Dit type algemeen pensioenfonds is een soort gezamenlijk bestuursbureau en wordt bijvoorbeeld opgericht door een uitvoeringsbedrijf. Het algemeen pensioenfonds-bestuur organiseert de bedrijfsvoering (bv. legal, reporting, compliance) en fungeert daarmee als gezamenlijke dienstverlener. Het algemeen pensioenfonds opereert uitsluitend ten behoeve van de collectiviteitkringen, zonder verdienmodel ten behoeve van derden.

Omdat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen doorgaans aanzienlijk groter in omvang zijn dan niet-verplichtgestelde pensioenregelingen, is het denkbaar dat een uitvoeringsbedrijf twee algemeen pensioenfondsen opricht: een met verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen van de aandeelhouder (van het uitvoeringsbedrijf) en een met niet-verplichtgestelde pensioenregelingen.

Na oprichting van een algemeen pensioenfonds, waarin de aandeelhouder en eventueel andere fondsen worden ondergebracht, is de klantenkring van het uitvoeringsbedrijf (min of meer) gelijk aan de verzameling van collectiviteitkringen in het algemeen pensioenfonds. De rationale voor een afzonderlijk uitvoeringsbedrijf is daarmee kleiner geworden, maar herzaffing zal waarschijnlijk alleen plaatsvinden als het algemeen pensioenfonds meer grip op het uitvoeringsbedrijf wil hebben. Immers, de argumenten schaalvoordelen, kostenefficiëntie en beperking van (toezicht)kosten, gelden in zekere mate ook reeds zonder het algemeen pensioenfonds. Met andere woorden: de sociale partners van de grote kringen in het algemeen pensioenfonds krijgen dan zeggenschap over de uitvoeringsdienstverlener. Deze behoefte lijkt niet bij alle grote verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen te bestaan. Daarom is herzaffing geen groot risico.

Type 2: het algemeen pensioenfonds als consolidatievehikel voor magneetfondsen
Dit type algemeen pensioenfonds ontstaat door omvorming van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds naar een algemeen pensioenfonds. Binnen het algemeen pensioenfonds wordt deze verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling de grootste kring. Vervolgens worden in het algemeen pensioenfonds pensioenfondsen aangetrokken: het voormalige verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds fungeert als 'magneetfonds'. Deze voormalig ondernemingspensioenfondsen en eventueel niet-verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen profiteren van de schaalvoordelen van het gezamenlijke bestuur en van de gemeenschappelijke cultuur en sectorkennis. Het algemeen

pensioenfonds neemt diensten af van het uitvoeringsbedrijf dat eigendom is van de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling.

Door de werking van de magneetfondsen ontstaan sectorale algemeen pensioenfondsen. Deze sectoren zijn groter dan de huidige bedrijfstakken. Te denken valt aan sectoren als techniek, transport, voeding en financiële diensten. Het algemeen pensioenfonds lijkt dan feitelijk op een niet-verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds, zij het dat er ook een of enkele verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen in zitten en er is sprake van ringfencing[150].

Dit type algemeen pensioenfonds is via het magneetfonds eigenaar van het uitvoeringsbedrijf. Niet duidelijk is of het uitvoeringsbedrijf via gedwongen winkelnering alle collectiviteitkringen van het algemeen pensioenfonds gaat bedienen, of dat het uitvoeringsbedrijf slechts de 'preferred supplier' zal zijn van uitvoeringsdiensten[151].

Van belang is de vraag wie bestuurt[152]. Het is denkbaar dat het (paritaire) bestuur van het magneetfonds overgaat naar het algemeen pensioenfonds-bestuur. Echter, in dat geval neemt het algemeen pensioenfonds-bestuur beslissingen over alle collectiviteitkringen (het draaien aan de knoppen). De eigenheid van die pensioenregelingen wordt dan bewaakt door VO/BO's per kring. Wanneer deze collectiviteitkringen verschillen in opvatting over de kwaliteit van het algemeen pensioenfondsbestuur, ontstaat er qua governance een lastige situatie. Het is dan niet duidelijk hoe de besluitvorming t.a.v. schorsing of ontslag van bestuurders zou verlopen. Dit probleem doet zich eveneens voor bij onafhankelijke bestuurders van het algemeen pensioenfonds, maar wordt dan minder ervaren als belangentegenstelling tussen kringen, omdat het magneetfonds niet het hele algemeen pensioenfonds bestuurt.

Ook hier is niet vanzelfsprekend sprake van herzaffing. Het is eerder zo dat het uitvoeringsbedrijf er nu een klant bij heeft gekregen met een andere structuur (bestuur en ringfencing), naast de nietverplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen en ondernemingspensioenfondsen die het bedient (multi-client).

Type 3: het algemeen pensioenfonds als sectoralisatie-vehikel voor grote verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen

Via dit type kunnen grote verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen hun pensioenregeling onderbrengen en vervolgens differentiatie aanbrengen voor diverse subgroepen van hun collectiviteitkring. Als hypothetisch voorbeeld kan worden genoemd het ABP, dat voor verschillende sectoren in overheid en onderwijs de pensioenregeling uitvoert. Indien het ABP zich zou omvormen tot een algemeen pensioenfonds, zou het mogelijk worden om per sector een maatwerkpensioenregeling in te richten, waarvan het vermogen wordt afgescheiden van dat van andere pensioenregelingen. In het voorbeeld zou de sector defensie dan een andere pensioenregeling kunnen krijgen dan de sector onderwijs, met elk een eigen VO/BO. Voor de uitvoeringsdiensten (zoals verleend

150 Zie ook het amendement Lodders-Vermeij (*Kamerstukken II,* 2014/15, 34 117, nr. 35).

151 Deze vraag speelt analoog bij verzekeraars die een algemeen pensioenfonds oprichten.

152 Uit de Memorie van Toelichting: "Indien beslissingen van het bestuur van het algemeen pensioenfonds betrekking hebben op pensioenregelingen in een specifieke collectiviteitkring behouden belanghebbenden bij die collectiviteitkring, hun (mede)zeggenschap op die beslissingen." Kamerstukken II, 2014/15, 34 117, nr. 35.

door het uitvoeringsbedrijf) verandert er dan weinig. De schaalvoordelen van het uitvoeringsbedrijf (in dit voorbeeld is APG het uitvoeringsbedrijf) kunnen onverminderd worden benut.

Eigendomsrelaties tussen pensioenuitvoerders en uitvoeringsbedrijven

Momenteel bestaan er eigendomsrelaties tussen pensioenuitvoerders en uitvoeringsbedrijven. Deze zijn een gevolg van de ontzaffing, waarbij diverse toenmalige grote pensioenfondsen hun administratie en vermogensbeheer hebben afgesplitst in een uitvoeringsbedrijf. Dat uitvoeringsbedrijf levert veelal ook bestuursondersteuning ten behoeve van het pensioenfonds, al hebben grotere pensioenfondsen hiertoe soms ook een bestuursbureau ingericht. De verzelfstandigde uitvoeringsbedrijven hadden aanvankelijk het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds als enig aandeelhouder[153]. Naarmate het uitvoeringsbedrijf meer multi-client ging werken, kwamen er ook andere pensioenfondsen in de aandeelhoudersstructuur van het uitvoeringsbedrijf. Sommige uitvoeringsbedrijven maken bovendien onderscheid tussen aandeelhoudende klanten en niet-aandeelhoudende klanten, waarbij de laatste categorie bestaat uit pensioenfondsen die slechts het vermogensbeheer en/of de administratie bij het uitvoeringsbedrijf hebben ondergebracht. De aandeelhoudende klanten ontvangen integrale dienstverlening van het 'eigen' uitvoeringsbedrijf.

In de huidige situatie is het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds door de Tweede Kamer aangenomen ('huidige situatie') en mag een uitvoeringsbedrijf een 'open' algemeen pensioenfonds oprichten. Dit algemeen pensioenfonds mag elke niet-verplichtgestelde pensioenregeling uitvoeren (evenals verplichtgestelde beroepspensioenregelingen). In het basisscenario mag een algemeen pensioenfonds ook een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling uitvoeren (optie 1) en mag een bedrijfstakpensioenfonds dat een verplichtgestelde pensioenregeling uitvoert, zich omvormen tot een algemeen pensioenfonds (optie 2). Beide varianten van de transitie leiden ertoe dat de marktaandelen die nu in de markt voor uitvoeringsdiensten aan de aanbodzijde bestaan (met enkele heel grote uitvoeringsbedrijven) mogelijk worden 'doorgegeven' aan de op te richten algemeen pensioenfondsen. Met andere woorden: de algemeen pensioenfondsen die grote verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen uitvoeren, hebben van begin af aan veel schaalvoordelen en marktmacht. Dit wordt voor beide soorten transitie schetsmatig uitgewerkt.

In de eerste optie mag een algemeen pensioenfonds een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling uitvoeren. Elk algemeen pensioenfonds kan dat doen. Het is mogelijk dat een verzekeraar een algemeen pensioenfonds opricht, dat een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling uitvoert. Het is ook mogelijk dat een uitvoeringsbedrijf van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds een algemeen pensioenfonds opricht, waarin de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen van de aandeelhoudende klanten worden uitgevoerd. Dan ontstaat de situatie waarin enkele verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen eigenaar zijn van het uitvoeringsbedrijf, dat een algemeen pensioenfonds heeft opgericht waarin die verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen hun pensioenregeling hebben ondergebracht. De verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zelf zijn dan gereduceerd tot aandeelhouder van het uitvoeringsbedrijf. Immers, hun verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling is overgebracht van het bedrijfstakpensioenfonds naar het algemeen pensioenfonds en de uitvoeringsdiensten werden reeds door het uitvoeringsbedrijf verzorgd. Daarmee

153 Bij PGGM loopt de eigendomsrelatie via een coöperatieve structuur.

voldoen de verplichtgestelde bedrijftakspensioenfondsen niet meer aan de definitie van een (bedrijfstak)pensioenfonds (art. 1 Pensioenwet). [154]

Hoewel enigszins speculatief, kan worden vermoed dat de vervolgstappen afhangen van de mate waarin het uitvoeringbedrijf 'single-client' dan wel 'multi-client' werkt, aangezien dit de aandeelhoudersstructuur van het uitvoeringsbedrijf bepaalt. In geval van een multi-client uitvoeringsbedrijf, zal worden gekozen voor een van de typen algemeen pensioenfondsen zoals hierboven beschreven. Dit bepaalt of alle aandeelhoudende klanten aanblijven als aandeelhouder van het uitvoeringsbedrijf. Bij een algemeen pensioenfonds type 2 is denkbaar dat het magneetfonds als enig aandeelhouder van het uitvoeringsbedrijf overblijft. Die situatie komt overeen met de situatie die ontstaat bij een uitvoeringsbedrijf dat single-client werkte. In beide gevallen heeft het uitvoeringsbedrijf slechts één aandeelhouder. Die aandeelhouder zou kunnen besluiten om verticaal te fuseren met het uitvoeringsbedrijf, om aldus meer greep te krijgen op de uitvoering. De nieuwe rechtspersoon is dan rechtstreeks eigenaar van het algemeen pensioenfonds en niet langer via het uitvoeringsbedrijf. Niet duidelijk is of de nieuwe rechtspersoon een stichting is (zoals het aandeelhoudende bedrijfstakpensioenfonds) dan wel een vennootschap (zoals de meeste uitvoeringsbedrijven). Indien wordt 'doorgestoten' naar het algemeen pensioenfonds, ligt de stichtingsvorm vast. In dat laatste geval heeft het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds zich omgevormd naar een algemeen pensioenfonds en is tegelijk herzaft doordat het uitvoeringsbedrijf is opgenomen in de nieuwe rechtspersoon. Dit lijkt het meest op het algemeen pensioenfonds (type 2) dat hierboven is geïntroduceerd.

In de tweede optie kunnen verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zich omvormen tot een algemeen pensioenfonds. Vervolgens worden zij daarin een van de uitgevoerde pensioenregelingen. Deze transitie ligt mogelijk meer voor de hand bij het algemeen pensioenfonds als gezamelijke dienstverlener en bij het algemeen pensioenfonds als sectoralisatie-vehikel voor grote verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen (types 1 en 3). Het uitvoeringsbedrijf blijft multi-client werken en heeft nu onder de aandeelhoudende en niet-aandeelhoudende klanten ook het aandeelhoudende algemeen pensioenfonds als klant.

De implicaties voor de marktmacht zijn verschillend. In het eerste geval is aannemelijk dat de concentratie wordt versterkt door de magneetfondsen. Anderzijds worden pensioenfondsen die niet in de sector passen, mogelijkerwijs afgestoten. Per sector is er dan een natuurlijke grens aan de omvang van het algemeen pensioenfonds. Bij het algemeen pensioenfonds als gezamenlijke dienstverlener zal veel afhangen van de mate waarin nieuwe klanten worden geworven. Het algemeen pensioenfonds als sectoralisatie-vehikel voor grote verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen verandert weinig aan de marktverdeling zoals die nu voor bedrijfstakpensioenfondsen bestaat.

154 Art.1 PW definieert een pensioenfonds als: "een rechtspersoon die niet een premiepensioeninstelling is, waarin ten behoeve van ten minste twee deelnemers, gewezen deelnemers of hun nabestaanden gelden worden of werden bijeengebracht en worden beheerd ter uitvoering van ten minste een basispensioenregeling."

4.3 Risico op marktverstoring

Het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds houdt het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds – en daarmee de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling – buiten de reikwijdte van het algemeen pensioenfonds. De reden hiervoor is het risico van marktverstoring.
"Op het moment dat (de dienstverlening van) een algemeen pensioenfonds openstaat voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zal het algemeen pensioenfonds dat verplichtgestelde pensioenregelingen uitvoert profiteren van de door de overheid verleende verplichtstelling. Hiermee wordt immers een zekere schaalgrootte en financiële draagkracht gegarandeerd. Andere algemene pensioenfondsen zullen die voordelen niet kunnen genieten."[155]

Of hierbij sprake is van ongelijke concurrentie, is afhankelijk van de definitie die men hanteert voor een 'gelijk speelveld'. Daarbij zijn twee mogelijkheden (Appelman e.a. 2003):

1. Gelijk speelveld in termen van regels: alle regels zijn hetzelfde voor alle bedrijven. Met 'regels' worden alle vormen van overheidsbeleid bedoeld, zoals wetgeving en subsidies. Een speelveld is gelijk in termen van regels wanneer de regels symmetrisch zijn: dezelfde niet-discriminerende regels zijn van toepassing voor alle (verschillende) bedrijven in een markt. Oftewel: twee bedrijven in een gelijke situatie worden gelijk behandeld.
2. Gelijk speelveld in termen van uitkomst: alle bedrijven hebben een gelijke verwachte winst. Bedrijven hebben een gelijk speelveld in termen van uitkomst wanneer ze dezelfde kenmerken bezitten (bijvoorbeeld dezelfde productiekosten en strategische mogelijkheden) en de regels symmetrisch zijn. Wanneer bedrijven niet dezelfde kenmerken bezitten, kan de overheid een gelijk speelveld in termen van uitkomst creëren door het bedrijf met een concurrentienadeel te compenseren (bijvoorbeeld via subsidies).

De conclusie van Appelman et al (2003) is dat een gelijk speelveld in termen van regels wenselijk is. Steun voor een bedrijf met een concurrentienadeel kan zelfs ongunstig zijn voor welvaart, bijvoorbeeld als een inefficiënt bedrijf via een subsidie een groter marktaandeel verwerft dan zijn efficiënte concurrenten. Een uitzondering is als een gelijk speelveld in termen van regels niet leidt tot een optimaal presterende markt. In dat geval kan het wenselijk zijn om te corrigeren voor verschillen in uitkomst. Het doel daarvan is om te zorgen dat alle spelers prikkels ervaren om meer efficiënt en innovatief te worden, ofwel dat het concurrentiemechanisme zo weinig mogelijk verstoord wordt en de prestaties van de markt niet negatief worden beïnvloed. Om de vraag te beantwoorden moet dus zowel worden gekeken naar verschillen in de concurrentiepositie tussen spelers als het effect daarvan op de mate van concurrentie in de markt.

4.3.1 Is er sprake van een ongelijk speelveld?

In termen van regels is er sprake van een gelijk speelveld. Voor algemeen pensioenfondsen die verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen uitvoeren gelden dezelfde regels als voor algemeen pensioenfondsen die geen verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen uitvoeren. Elk algemeen pensioenfonds kan een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling uitvoeren.

---

156 Deze voorbeelden geven aan dat er verschillende allocatiemechanismen bestaan om de concessierechten te verdelen zoals veilen en aanbesteden.

Er is geen gelijk speelveld in termen van uitkomsten, doordat in de uitgangspositie aanbieders verschillende kenmerken hebben. Algemeen pensioenfondsen die een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling uitvoeren hebben mogelijk schaalvoordelen, waardoor zij meer klanten kunnen trekken. Of een algemeen pensioenfonds dat een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling uitvoert hieruit een concurrentievoordeel kan halen hangt af van (1) de omvang van de collectiviteitkring van de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling en (2) de mate waarin de voordelen van een grote schaal zich uitstrekken buiten de collectiviteitkring. Niet alle verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen hebben een grote schaal. Alleen op grond van de verplichtstelling bedrijfstakpensioenregelingen uitsluiten van aansluiting bij een algemeen pensioenfonds is daarom een bot instrument. Empirisch is er hard bewijs dat een grote collectiviteitkring leidt tot lagere administratieve kosten en beleggingskosten (zie Bikker 2013), maar er is geen duidelijkheid in hoeverre zich dit vertaalt naar lagere kosten van andere collectiviteitkringen binnen het algemeen pensioenfonds. Volgens Maatman & Steneker (2015a) worden de voordelen van de verplichtstelling door de ring-fencing beperkt tot de collectiviteitkring. Ook enkele gesprekspartners zijn deze mening toegedaan. Het lijkt wel waarschijnlijk dat een algemeen pensioenfonds dat een grote verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling uitvoert enig kostenvoordeel heeft, boven algemeen pensioenfondsen die dat niet doen. Hoe groot dit voordeel is, is onduidelijk.

Verder kunnen algemeen pensioenfondsen die zijn opgericht vanuit een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds een concurrentievoordeel hebben doordat zij minder banden hebben met sociale partners. Zoals hierboven is geschetst, is er in de huidige situatie een sterke verbinding tussen de cao-partners en het pensioenfondsbestuur van het bedrijfstakpensioenfonds dat een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling uitvoert. Bij keuze voor een pensioenuitvoerder zijn daardoor de algemeen pensioenfondsen die zijn opgericht vanuit de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen in het voordeel. De sociale partners kennen de bestuurders van deze algemeen pensioenfondsen goed en zullen hun pensioenregeling dus eerder bij hen laten uitvoeren. Dit levert vooral een verschil in concurrentiepositie op met verzekeraars, die deze banden met sociale partners niet hebben. In de toekomst zullen personele unies afnemen maar in de beginfase bij de openstelling van het algemeen pensioenfonds leidt dit tot een concurrentievoordeel van algemeen pensioenfondsen die verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen uitvoeren. Daarnaast is een voordeel voor een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds dat zich omvormt tot een algemeen pensioenfondsen dat met betrekking tot het verplichtgestelde deel geen marketingskosten hoeven te worden gemaakt voor niet gebonden werkgevers.

Anderzijds kunnen ook kleine spelers, zoals verzekeraars, een goede marktpositie verwerven. Het kan bijvoorbeeld zijn dat zij een betere dienstverlening bieden, waardoor sociale partners toch voor een kleine speler kiezen. Kleine spelers kunnen nichespeler worden en op die manier overleven in de markt.

Het ongelijke speelveld in termen van uitkomsten is op zich niet voldoende reden om in te grijpen op de markt. Dit is alleen het geval wanneer dit de prestaties van de markt negatief beïnvloedt.

4.3.2 Gevolgen voor de mate van concurrentie

- De gevolgen voor de mate van concurrentie zullen afhangen van de hierboven geschetste scenario's.

- *Type 1: algemeen pensioenfonds als gezamenlijke dienstverlener*: Dit type algemeen pensioenfonds zal als uitvoerder van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen in beperkte mate voor extra concurrentiedruk zorgen. Het algemeen pensioenfonds is in dit scenario vooral bedoeld om te profiteren van schaalvoordelen op bestuursniveau. Het zal de tendens naar concentratie in de markt voor pensioenuitvoering versterken. Kern van dit scenario is de dienstverlening aan de collectiviteitkringen van het algemeen pensioenfonds. Dit type algemeen pensioenfonds is in eerste aanleg niet gericht op uitbreiding van het aantal collectiviteitkringen. Acquisitie van collectiviteitkringen zal derhalve in beginsel niet plaatsvinden, tenzij het algemeen pensioenfonds onder de beoogde omvang dreigt te geraken, waardoor ongewenste schaalnadelen ontstaan.
- *Type 2*: *algemeen pensioenfonds als consolidatievehikel voor magneetfondsen*. Dit zijn sectorale algemeen pensioenfondsen die de concentratiegraad in de markt voor pensioenuitvoering vergroten. Van groot belang voor het effect op de mate van concurrentie is de relatieve omvang van de magneetfondsen. Stel dat 10 magneetfondsen van ongeveer gelijke omvang de markt voor pensioen gaan domineren. In dit geval is de dominantie van deze 10 magneetfondsen geen aanleiding voor scheve concurrentieverhoudingen als gevolg van een te hoge concentratiegraad. Bij een scenario waarin twee magneetfondsen de helft van de markt gaan bedienen met een evenredige verdeling van de overige helft van de markt over de acht andere magneetfondsen, is de concentratiegraad nog steeds gemiddeld. Herzaffing zou via de band van de verticale integratie voor grotere concentratie kunnen zorgen, maar de impuls voor herzaffing wordt gering geacht.
- *Type 3*: *Het algemeen pensioenfonds als sectoralisatie-vehikel voor grote verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen*. De nadruk in dit model ligt op differentiatie binnen het algemeen pensioenfonds. Andere pensioenregelingen zijn hier niet welkom. Dit scenario zal de concentratietendens in de markt voor pensioenuitvoering naar verwachting niet beïnvloeden, omdat de sectoralisatie voortkomt uit thans uniforme pensioenregelingen.

De conclusie voor de marktordening is in algemene zin dat de risico's voor marktverstoring gering lijken. Er blijft voldoende effectieve concurrentie in stand om te kunnen profiteren van kostenreducties als gevolg van concurrentie 'om de pensioenregeling'. Er zullen daarom waarschijnlijk geen aanbieders ontstaan met een economische machtspositie (zie paragraaf 3.3.5). Zelfs als dit wel gebeurt hoeft dit nog geen bedreiging te zijn voor de concurrentieverhoudingen. Bepalend is de component gedrag: zal in mededingingsrechtelijk zin misbruik worden gemaakt van de economische machtspositie?

4.3.3 Ervaringen in andere markten

Concurrentie tussen pensioenuitvoerders 'om de pensioenregeling' is te vergelijken met concurrentie 'om de markt' in andere sectoren. Een voorbeeld van een dergelijke markt is de wijze waarop concessies in het regionaal openbaar vervoer worden aanbesteed. Let wel, in de vervoermarkt is er sprake van aanbesteden in plaats van uitbesteden. Een privaat bedrijf waaronder een pensioenuitvoerder is echter niet wettelijk verplicht om zich aan de Aanbestedingswet te houden. Wel kennen het aanbestedingsmechanisme en het onderbrengmechanisme veel overeenkomsten. Daarom kunnen de ervaringen wel nuttig zijn voor de pensioenmarkt.

Een concessie in de vervoersmarkt is het recht om als enige partij voor een bepaald aantal jaren het vervoer in een bepaalde regio te mogen verzorgen. De concessie biedt de uitvoerende partij dus een tijdelijk alleenrecht of monopolie. Alleen bij de toekenning van de concessie is sprake van

concurrentie doordat de concessie in een onderhandse of openbare procedure wordt aanbesteed. Bij concurrentie 'om de markt' is dus sprake van periodieke concurrentie. Het veilen van frequenties voor de commerciële radio of het spectrum voor mobiele telecommunicatie zijn andere voorbeelden van concurrentie 'om de markt'.[156] De termijn die gebruikelijk is voor concessies in infrastructurele markten is 15 jaar.[157]

Empirische studies tonen aan dat het aanbesteden van concessies tot kostenreducties leidt. Hensher en Wallis (2005) vatten de ervaringen samen met het competitief aanbesteden van stedelijk busvervoer in tien landen. In veel landen zijn de kosten van het stedelijk busvervoer als gevolg van het aanbesteden van de concessie gedaald. Opvallend is dat de grootste kostendalingen zich voordoen in de eerste aanbestedingsronde. De markt 'leert' wellicht op termijn het juiste kostenniveau. Daarnaast zal het effect merkbaar zijn van het voor het eerst openstellen van een markt voor concurrentie, een transitie die vaak gepaard gaat met institutionele hervormingen waarvan de aanbestedingsprocedure er één is.[158]

Aanbestedende diensten kunnen via het bestek van eisen prijsconcurrentie organiseren of concurrentie organiseren op basis van een bredere set parameters waarvan kwaliteit een belangrijke is. Het gaat dan om de economisch meest gunstige inschrijving waarbij de score op het onderdeel prijs wordt gewogen met indicatoren voor het onderdeel kwaliteit. Economisch onderzoek toont aan dat het organiseren van concurrentie 'om de markt' in de markt voor stedelijk vervoer in Nederland een positief effect heeft gehad op de kwaliteit (Van Buiren e.a. 2012). Dit betreft de gepercipieerde kwaliteit door de gebruikers van het stedelijk vervoer.[159] Concessies die niet zijn aanbesteed hebben de laagste kwaliteit. Het onderzoek laat zien dat naarmate het aantal aanbieders in de aanbesteding toeneemt, de kwaliteitsimpuls groter is.

Casestudies in het stedelijk vervoer laten ook de valkuilen van de concurrentie 'om de markt' zien. Deze conclusies zijn ook relevant voor concurrentie 'om de markt' via onderbrenging. 'Predatory bidding' is een risico van het aanbestedingsmechanisme. Het vooruitzicht van een tijdelijk monopolie kan inschrijvers ertoe brengen een onrealistisch bod op de concessie uit te brengen. Met onrealistisch wordt bedoeld dat onder de kostprijs wordt aangeboden. Met dit bod houdt de winnaar potentiële concurrenten buiten de markt. Dit bod kan echter ook de kwaliteit van de dienstverlening in gevaar brengen. Case studies uit Zweden tonen wrange voorbeelden van kostenreducties in een competitieve aanbesteding, die uiteindelijk werden 'betaald' via grote reducties in het kwaliteitsniveau (minder diensten, uitstel van (noodzakelijke) vervangingsinvesteringen). Het probleem in dit proces is de motivatie van de inschrijver om zich als een 'predator' te gedragen. Maar ook het gebrek aan expertise bij de aanbestedende dienst speelt een rol. De aanbestedende dienst accepteert een bod dat onrealistisch is en blijkt geen oog te hebben voor de mogelijke gevolgen hiervan voor de kwaliteit van de dienstverlening.

156 Deze voorbeelden geven aan dat er verschillende allocatiemechanismen bestaan om de concessierechten te verdelen zoals veilen en aanbesteden.

157 Deze termijn is langer dan in een dienstenmarkt in verband met de terugverdientijd van vaste kapitaalgoederen die in infrastructurele markten een grote rol spelen.

158 Hensher en Wallis (2005) merken op dat de causaliteit van de introductie van de aanbesteding en de kostenreducties niet altijd duidelijk is.

159 Voor het opstellen van deze kwaliteitsindicatoren worden periodiek enquêtes uitgezet. Daarin wordt bijvoorbeeld gevraagd naar de punctualiteit van de dienstverlening, de kwaliteit van de zitting, het schoonhouden van de bus enzovoort.

'Predatory bidding' heeft als prijsstrategie alleen zin als kruissubsidiëring mogelijk is. De verliezen op de nieuwe concessie worden dan goedgemaakt met winsten op andere concessies. In dit geval is sprake van een mededingingsprobleem.

De aanbestedingsprocedure kan ook aanzetten tot een 'winner's curse'. Onvolledige informatie leidt ertoe dat de winnaar van de aanbesteding een prijs biedt die uiteindelijk verliesgevend zal blijken.[160] Dit is de vloek van het winnende bod. De theorie laat zien dat de kans op een 'winner's curse' groter is als de aanbesteding of veiling plaatsvindt met een beperkt aantal concurrenten, die bovendien weinig ervaring hebben met het instrument concurrentie 'om de markt' (Adnett 1998). Het is vooral een probleem in gesloten veilingen waarin partijen een bod uitbrengen dat geheim is voor de concurrentie. In aanbestedingen is dit per definitie het geval.[161]

4.3.4 Prestaties van de markt

De conclusie van de economische analyse is dat het basisscenario de trend naar consolidatie kan versterken. Consolidatie doet de concentratiegraad verder toenemen maar leidt gezien het aantal fondsen, verzekeraars en PPI's niet snel tot een markt met ernstige mededingingsproblemen.

Het basisscenario kan risico's inhouden voor de marktordening. Partijen kunnen bij het onderbrengen van de uitvoering van de pensioenregeling gedrag vertonen dat lijkt op 'predatory bidding'. Dit zal negatieve gevolgen hebben voor de effectieve concurrentie, omdat potentiële toetreders buiten de markt worden gehouden. Dit betekent dat het toezicht alert moet zijn op de mogelijkheid van kruissubsidiëring en misbruik van economische machtspositie in deze uitbestedingsmarkt.[162] Gezien het grote aantal spelers op de markt lijkt het risico van 'predatory bidding' niet groot. Het doel van 'predatory bidding' is immers om concurrenten van de markt te weren. Bovendien is predatory pricing slechts misbruik indien daarna 'recoupment' volgt: het naderhand verhogen van de prijzen om monopoliewinsten te incasseren. Zolang er diverse concurrenten zijn en periodiek overstappen mogelijk blijft, is er echter weinig gelegenheid tot 'recoupment'.[163] Het feit dat sommige pensioenuitvoerders geen ervaring hebben met het concurrentiemechanisme kan een 'winner's curse' in de hand werken. Dit zal negatieve gevolgen hebben voor de kwaliteit van de dienstverlening.

De relevante prestatie-indicatoren zijn kwaliteit, innovatie en kosten. Over het algemeen zal concurrentie 'om de pensioenregeling' een prikkel zijn voor verbetering van de *kwaliteit* van de dienstverlening. Als de kwaliteit samenhangt met *innovatie*, dan kan een verminderde prikkel voor innovatie als gevolg van concurrentie ook negatieve gevolgen hebben voor de kwaliteit op langere termijn. Het is echter niet duidelijk of ontkoppeling van de verplichting van de pensioenregeling aan de pensioenuitvoerder leidt tot minder innovatie, aangezien evengoed kan worden betoogd dat de

---

160 Het bod van KPN in de UMTS veilingen van 2001 en de NS bij de aanbesteding van de HSL zijn voorbeelden van de 'winners curse'.

161 Er zijn verschillende methoden om de 'winner's curse' te voorkomen, zoals de Vickrey veiling: een gesloten veiling waarbij het op-een-na-hoogste bod de prijs is die de winnaar betaalt.

162 Dit sluit aan bij de juridische analyse in Hoofdstuk 2.3. Het mededingingsrecht verbiedt niet het hebben van een machtspositie. 'Predatory bidding' kan een voorbeeld zijn van een misbruikelijke gedraging en daarmee een overtreding van het verbod op het misbruik van een economische machtspositie (art. 24 Mw).

163 Periodiek overstappen is mogelijk doordat (1) de uitvoeringscontracten een beperkte duur hebben, (2) bij het algemeen pensioenfonds het vermogen van de pensioenregeling gescheiden is (ringfencing) en (3) de uitvoeringsdiensten niet automatisch ook bij een andere uitvoeringsbedrijf worden belegd. Doorgaans zijn de overstapkosten immers vooral hoog in geval van wisseling van uitvoeringsbedrijf, terwijl nu denkbaar is dat van uitvoerder wordt gewisseld, maar niet van uitvoeringsbedrijf.

pensioenuitvoerders innovatief zijn in markten waar ze klanten moeten werven. Deze concurrentiele prikkel weegt mogelijk op tegen het genoemde hold-up probleem van de onderinvestering in innovaties voor zover die relatiespecifiek zijn.

De *uitvoeringskosten* van de pensioenregeling zijn de volgende prestatie-indicator. Overige factoren daargelaten, zijn lagere uitvoeringskosten een voordeel voor de pensioenconsumenten. Theorie en empirie in andere markten laten zien dat concurrentie 'om de markt' een krachtig mechanisme kan zijn om kostenreducties te bewerkstelligen. Deze kostenreducties worden alleen behaald bij voldoende aanbod, dat wil zeggen dat een keuze wordt gemaakt uit een voldoende aantal aanbiedingen van pensioenuitvoerders. Voorkomen moet worden dat mogelijk nieuwe pensioenuitvoerders door een informatieachterstand niet bereid zijn in te schrijven waardoor de huidige uitvoerder een voordeel heeft. Een informatie-achterstand kan worden veroorzaakt door het ontbreken van personele banden. Dit zal de effectieve concurrentie negatief beïnvloeden en het uiteindelijke kostenvoordeel beperken.

Ten opzichte van het huidige wetsvoorstel algemeen pensioenfonds vergroot de mogelijkheid tot uitvoering van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen door een algemeen pensioenfonds de ruimte voor schaalvoordelen. In de huidige marktordening is via uitbesteding van diensten aan uitvoeringsbedrijven volop ruimte schaalvoordelen te benutten. Het algemeen pensioenfonds voegt aan de bestaande mogelijkheden schaalvoordelen toe op onder andere het vlak van het bestuur. Als de verhouding tussen schaalvergroting en concurrentie gezond blijft, kunnen de pensioenconsumenten als de uiteindelijke klanten van de pensioenuitvoerder profiteren van extra ruimte voor kostenreducties.

Daar komt op de lange termijn een factor voor schaalvoordelen bij als er binnen het algemeen pensioenfonds druk ontstaat om de pensioenregelingen te uniformeren. Of dit mogelijk is hangt af van de governance van de kringen en de voorkeuren voor maatwerk of standaardisatie bij cao-partijen. Dit zou wellicht een ontwikkeling voor de lange termijn kunnen zijn binnen het magneetfonds. Het algemeen pensioenfonds als sectoralisatie-vehikel voor grote verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen veronderstelt juist de tegenovergestelde trend waarbij er een voorkeur bestaat voor meer maatwerk op niveau van de pensioenregelingen. A priori is een uitspraak over verdergaande schaalvoordelen in de context van dit onderzoek niet mogelijk.

Tegenover de mogelijke kostenvoordelen staan extra kosten die samenhangen met het organiseren van het onderbrengen en het opbouwen en behouden van de marktpositie van de uitvoerders. Marketinguitgaven zijn hiervan een voorbeeld. In een markt waar voldoende concurrentie is wegen de baten van concurrentie op tegen deze kosten.

Mede op basis van de ervaringen in andere marktten mag verwacht worden dat door het toelaten van het algemeen pensioenfonds tot de uitvoering van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen de uitvoeringskosten dalen en de kwaliteit van de uitvoering toeneemt

4.3.5 Regulering

Als het algemeen pensioenfonds wordt opengesteld voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen komen er enkele grote spelers de markt op. Zij hebben een concurrentievoordeel ten opzichte van kleine spelers. Zij kunnen daardoor een groot marktaandeel vergaren waardoor de concentratie in de markt toeneemt. Het is echter niet waarschijnlijk dat de prestaties van de markt negatief worden beïnvloed. Ook wanneer algemeen pensioenfondsen verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen mogen uitvoeren wordt immers de concentratie op de markt niet te hoog. Er zullen daardoor niet snel machtsposities ontstaan. Specifieke regulering van de markt is daarom niet nodig.

Als er al machtsposities ontstaan, is de kans op misbruik klein omdat het aantal spelers op de markt voldoende blijft, waardoor misbruik niet snel lonend is. Wat misbruik betreft valt bij het algemeen pensioenfonds te denken aan kruissubsidiëring. Kruissubsidiëring komt in beeld indien de prijs die het algemeen pensioenfonds zou rekenen voor het uitvoeren van niet-verplichtgestelde pensioenregelingen lager zou liggen dan de gemiddelde variabele kosten, of indien de prijs beneden de gemiddelde totale kosten zou liggen en deze prijs is vastgesteld teneinde concurrentie uit te schakelen. Het staat niet bij voorbaat vast dat een dergelijke situatie reeds wordt voorkomen door de bestaande eisen uit het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds, als het toepassen van het FTK per collectiviteitkring, de aanvullende eisen ten aanzien van de kostentransparantie en de ringfencing per collectiviteitkring met de rangregeling. Door de grote schaal kan ook zonder onder de kostprijs te werken een lagere prijs worden gevraagd voor de dienstverlening. Uiteraard zal wel aan de eis van een kostendekkende premie bedoeld in artikel 128 Pensioenwet voldaan moeten zijn. Verder zal een algemeen pensioenfonds met een dergelijke strategie niet voldoende concurrenten van de markt kunnen weren om de concurrentie uit te schakelen.

4.3.6 Alternatieve scenario's

De alternatieve scenario's zijn verstrekkender dan het basisscenario. In het basisscenario wordt de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling uitbesteed door de sociale partners. Met andere woorden: de partijen die de pensioenregeling op bedrijfstakniveau overeenkomen, brengen deze ook onder bij een pensioenuitvoerder. In de alternatieve scenario's wordt de pensioenregeling nog steeds op bedrijfstakniveau bepaald en is de pensioenregeling verplichtgesteld, maar wordt deze op decentraal niveau (werkgevers resp. deelnemers) bij pensioenuitvoerders ondergebracht. Dit heeft tot gevolg dat verscheidene pensioenuitvoerders de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling op kleine(re) schaal uitvoeren, m.a.w. dezelfde verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling wordt door diverse pensioenuitvoerders uitgevoerd en pensioenuitvoerders voeren diverse verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen uit.

In deze paragraaf wordt een globale 'doorkijk' gegeven naar de effecten van een dergelijke decentrale uitvoering. De onderstaande tekst bevat geen complete analyse van de marktwerkingseffecten, maar benoemt enkele gedragsreacties die daarop invloed kunnen hebben.

Alternatief scenario 1 en 3: keuze werkgever

In dit scenario is de pensioenregeling voor de bedrijfstak verplicht gesteld, maar moet elke werkgever deze onderbrengen bij een pensioenuitvoerder. De gebundelde uitvoering voor de gehele verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling is losgelaten.

Verwachte marktreacties

In het basisscenario werd beschreven hoe de rol van de sociale partners verandert wanneer zij als vrager op de uitvoeringsmarkt moeten gaan acteren. Zij moeten de pensioenregeling onderbrengen en de uitvoering daarvan monitoren. De daar beschreven effecten gelden in versterkte mate voor afzonderlijke werkgevers. Zij zijn doorgaans nog minder georiënteerd op pensioenuitvoering. De pensioenregelingen zullen zo compleet mogelijk worden gemaakt en er zullen (advies)kosten worden gemaakt voor zowel het aanpassen van de pensioenregelingen als het uitbesteden van de pensioenuitvoering.

Averechtse selectie en risicoselectie

Welke pensioenfondsen zijn aantrekkelijk voor werkgevers? Gegeven de huidige uitkeringsregelingen van bedrijfstakpensioenfondsen zijn dat fondsen met lage uitvoeringskosten. De overige determinanten van uitvoeringskosten daargelaten, zijn dit de fondsen die een gunstig deelnemersbestand hebben, dus bijvoorbeeld meer jongeren, meer laagopgeleiden of meer mannen[164]. Als bedrijven met een gunstig risicoprofiel overstappen zal de premie in het verlaten bedrijfstakpensioenfonds omhoog gaan en zullen er nog meer bedrijven overstappen. Dit proces kan doorgaan totdat iedereen is overgestapt. Bij de pensioenfondsen waarnaar de deelnemers zijn overgestapt, kan dit proces opnieuw beginnen, waardoor er geen stabiele situatie ontstaat (Kok & Baarsma 2015)[165]. Indien schaalvoordelen een grotere invloed hebben op de kosten dan het risicoprofiel van het deelnemersbestand, dan kan dit proces bijdragen aan een versnelde consolidatie van pensioenuitvoerders. De reden hiervoor is dat schaalvoordelen fungeren als toetredingsbarrière, waardoor er weinig nieuwe pensioenuitvoerders bijkomen, terwijl de verlaten ('leeggelopen') bedrijfstakpensioenfondsen ophouden te bestaan.

Anderzijds zullen pensioenuitvoerders niet elke pensioenregeling voor elke populatie willen uitvoeren, aangezien de risicoprofielen van de bestanden verschillen. Risicoselectie is dan een rationele gedragsreactie.

Risicoselectie kan worden voorkomen door een vereveningsstelsel in te voeren, waarbij pensioenuitvoerders ex post verrekenen op basis van de biometrische kenmerken van de bestanden waarvoor zij pensioenregelingen uitvoeren. Dit is echter behoorlijk gecompliceerd, omdat de risico's niet alleen biometrisch zijn, maar ook per pensioenregeling verschillen (bv. rente- en inflatierisico's).

Risicoselectie is alleen aan de orde bij uitkeringsregelingen. Bij beschikbare premieregelingen is risicoselectie niet aan de orde.

Intransparantie van de markt

Een pensioenregeling is een ingewikkeld financieel product. In de huidige situatie zijn er al werkgevers die zelf een pensioenuitvoerder moeten kiezen. Dit betreft situaties waarin de werkgever ofwel niet onder de werkingssfeer van een verplichtstelling valt, ofwel vrijstelling van de verplichtstelling heeft gekregen. Ook zijn er bedrijfstakken zonder verplichtgestelde pensioenregeling, waar

164 Jongeren hebben een hogere levensverwachting, hetgeen ongunstig is, maar in een doorsneesysteem (doorsneepremie en doorsneeopbouw) is een grote fractie jongeren gunstig. Laagopgeleiden en mannen hebben een lagere levensverwachting dan hoogopgeleiden respectievelijk vrouwen.

165 Een stabiele situatie is een markt waarbij pensioenuitvoerders concurreren op efficiënte uitvoering en kwaliteit

individuele werkgevers een verzekerde pensioenregeling kunnen zijn overeengekomen. In dit alternatieve scenario moeten ook werkgevers de pensioenregeling onderbrengen die dat nog niet eerder gewoon waren, omdat dit voorheen via sociale partners plaatsvond. In tegenstelling tot de werkgevers die nu al zelf kunnen kiezen voor een pensioenuitvoerder, hoeven werkgevers die voor een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling een pensioenuitvoerder moeten kiezen alleen maar te kijken naar de uitvoering. Hoewel dit de keuze makkelijker maakt is het de vraag of werkgevers in staat zijn om pensioenuitvoerders goed met elkaar te vergelijken.

Overstapkosten

Overstapkosten bestaan onder andere uit zoekkosten en contracteringskosten. Ook zijn er kosten van overdracht van activa. Hoe moet, in het geval van een uitkeringsregeling, de overdrachtswaarde bepaald worden in het geval van onderdekking van het pensioenfonds? Op dit moment is individuele waardeoverdracht (bij verandering van werkgever) naar een andere pensioenuitvoerder niet mogelijk als sprake is van onderdekking. Dit om te voorkomen dat een pensioenfonds in de problemen raakt als mensen overstappen. Overigens kan meer fundamenteel de vraag worden opgeworpen hoe de dekkingsgraad moet worden vastgesteld voor de diverse pensioenregelingen die in deze alternatieve scenario's op werkgeversniveau worden uitgevoerd.

Concurrentie

Ten opzichte van het basisscenario zijn er aan de vraagkant meer partijen. Dit kan de mate van concurrentie versterken, doordat de vragers kleiner zijn en makkelijker kunnen overstappen. Het kan ook de concurrentie verminderen, doordat kleinere spelers minder onderhandelingsmacht hebben ten opzichte van aanbieders. In zijn algemeenheid zal concurrentie, net als in het basisscenario leiden tot schaalvergroting en lagere kosten. Of die schaalvergroting in meer of mindere mate aan de orde is dan in het basisscenario is niet goed te beoordelen, omdat de werkgevers als zodanig een kleinere schaal meebrengen dan bedrijfstakken als geheel.

Feedback uitvoering op regeling

Mogelijk kalft het draagvlak voor bedrijfstakpensioenregelingen af, zodra werkgevers er extra werk aan hebben ten behoeve van de uitvoering, terwijl ze geen directe invloed op deze pensioenregelingen kunnen uitoefenen. In dat geval kan de onderbrengingsplicht op werkgeversniveau tot het einde van de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling leiden. Een alternatieve gedragsreactie kan zijn dat in bedrijfstakken de pensioenregelingen in vergaande mate worden vereenvoudigd, waardoor zij zich gemakkelijk laten onderbrengen via een uitbestedingsproces.

Alternatief scenario 2 en 4: keuze werknemer

Bij dit scenario is het aan de deelnemer om een uitvoerder te kiezen van de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling.

Verwachte marktreacties

Evenals bij de andere alternatieve scenario's, is averechtse selectie vanuit de werknemer en risicoselectie vanuit de pensioenuitvoerder een waarschijnlijke gedragsreactie. Bij de zorgverzekeringsmarkt is een vereveningssysteem mogelijk, omdat hier het basispakket bij alle uitvoerders gelijk is. Daardoor hoeft er slechts te worden verevend op basis van de biometrische kenmerken van de verzekerde populaties. De gedragsreacties van een vereveningsstelsel worden hier niet verder uitgewerkt, maar ervaringen in de zorgverzekeringsmarkt kunnen bruikbaar zijn voor een eventuele

verdere analyse. Bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen die op individueel deelnemersniveau worden ondergebracht, zullen niet alleen de biometrische kenmerken van populaties per pensioenuitvoerder verschillen, maar ook de aard van de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen die worden uitgevoerd. Immers, de ene pensioenuitvoerder zal een anders samengesteld totaalpakket van uit te voeren verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen hebben verworven dan de andere. Dit maakt verevening zeer gecompliceerd en wellicht onmogelijk.

Pensioenuitvoerders die veel deelnemers met een bepaalde verplichtgestelde pensioenregeling hebben gecontracteerd kunnen schaalvoordelen in de uitvoering van die verplichtgestelde bedrijfstakpensieonregeling kunnen realiseren. Door de lagere uitvoeringskosten die hier het gevolg van zijn, kunnen zij meer deelnemers met die verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling werven. Ook bij keuzevrijheid op individueel niveau kan dus een kostenverlaging resulteren als gevolg van grotere schaal, maar deze schaal is per verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling maximaal gelijk aan die van de huidige verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen.

Feedback uitvoering op de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling
Het is denkbaar dat deelnemers niet langer overtuigd blijven van de voordelen van een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling. Immers, werknemer A in bedrijfstak X moet gaan kiezen wie die verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling uitvoert, terwijl werknemer B hetzelfde moet doen voor de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling Y. A en B kunnen buren zijn, of familieleden, en hun ervaringen uitwisselen. Dan kan de situatie ontstaan dat mensen zich afvragen waarom zij niet elkaars pensioenregeling *mogen* kiezen en wel een pensioenuitvoerder *moeten* kiezen. De druk op keuzevrijheid van de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling kan hierdoor oplopen en in het uiterste geval ontstaat de situatie dat de verplichtstelling van de bedrijfstakpensioenregeling onhoudbaar is. Daarna zullen pensioenuitvoerders zelf pensioenregelingen ontwerpen en deze rechtstreeks aanbieden aan deelnemers.

Het ligt daarbij voor de hand dat deze pensioenregelingen weinig tot geen solidariteitskenmerken bezitten, aangezien zij op individueel niveau worden uitgevoerd. Logischerwijs kan intergenerationele solidariteit niet meer voorkomen en zal intragenerationele solidariteit worden beperkt. Bijgevolg lopen de individuele deelnemers meer risico's die zij niet gezamenlijk kunnen dragen, waaronder de biometrische risico's zoals het micro-langelevenrisico. Feitelijk komt dit neer op een verschuiving naar premiepensioenregelingen. Dit kan effecten hebben voor (de wenselijkheid en noodzaak van) de verplichtstelling.

Literatuur

Adnett, N. (1998), The Acquired rights directive and compulsory competitive tendering in the UK: an economic perspective, *European Journal of Law and Economics*, vol. 6, pp. 69-81.

Alexandersson, G. & S. Hultén (2006), Predatory bidding in competitive tenders: A Swedish case study, *European Journal of Law and Economics*, vol. 22, pp. 73-94.

Appeldoorn J.E. & H.H.B. Vedder (2013): Beginselen van Europees en Nederlands mededingingsrecht, tweede druk, Groningen: Europa Law Publishing, 2013.

Appelman, M., J. Gorter, M. Lijesen, S. Onderstal en R. Venniker (2003), "Equal Rules or Equal Opportunities? Demystifying Level Playing Field", *CPB Document No 34*, Centraal Planbureau, Den Haag.

Bellamy en Child (2013). European Union Law of Competition, zevende druk, Oxford: Oxford University Press, 2013.

Bikker, J.A. (2013). De kostenefficiëntie van pensioenfondsen. In: Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken, augustus, afl. 4, pp. 15-24.

Blanpain R. (2014): European Labour Law, veertiende druk, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International, 2014.

Boonstra K. (2010): De omvang van de 'Albany-uitzondering'; de speelruimte van de sociale partners op mededingingsrechtelijk gebied, noot bij HvJ 15 juli 2010, C-271/08 (Commissie/Duitsland), TRA 2010, 105.

Bouwens, W.H.A.C.M.., Houwerzijl M.S., Roozendaal, W.L. & Bakels H.L. (2011). Schets van het Nederlandse arbeidsrecht, 21e herziene druk, Deventer: Kluwer, 2011.

Bouwens W.H.A.C.M.. & R.A.A. Duk (2014) Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht, 24e druk, Deventer: Kluwer, 2014.

Chalmers, D. , G. Davies & G. Monti (2014): European Union Law, derde druk, Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

Craig P. & G. De Búrca (2008). EU Law, Oxford: Oxford University Press, 2008.

Drijber B.J. (2005). Joined cases C-264/01, C-306/01 and C-355/01, AOK Bundesverband a.o, judgement of the Full Court of 16 March 2004, not yet reported, CMLRev 2005/42, pp. 523-533.

Drijber, B.J. (2007), Modernisering van het Uitvoeringsmodel voor Pensioenregelingen, bijlage bij Kamerstukken II 2006/07, 30 413, nr. 96.

Fiedziuk N. (2013). Putting Services of General Economic Interest up for tender: reflections on applicable EU rules, CMLRev 2013 (50), pp. 87-114.

Frijns, J.M.G, J.A. Nijssen en L.J.R. Scholtens, Onzekere zekerheid, bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 30 413, nr. 138.

Gyselen L. (2000). Case Law Albany, Brentjens, Drijvende Bokken, CMLRev. 2000/37, pp. 425-448.

Kapteyn, P. J., & Van Themaat, P. V. (2003). Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen, zesde, geheel herziene druk.

Knook A. (2013). De nieuwe DAEB-gids van de Europese Commissie: balanceren op drie koorden tegelijkertijd, NtEr 2013/6.

Kuijper S.H. (2013). De bevoegdheden van werkgevers en werknemers om een pensioenuitvoerder te kiezen, AIAS UvA Working Paper 135, Amsterdam: AIAS, 2013.

Kok, L. & B. Baarsma (2015). Keuzevrijheid werkgevers in het tweedepijler pensioen. Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek.

Langemeijer R.A.C.M. (2000). Verplichte bedrijfspensioenfondsen, tweede druk, Deventer: Kluwer, 2000.

Lecq, S.G. van der (2008) Hoezo concurrentie in de pensioensector?, *Pensioen, Bestuur & Management*, September 2008, pp. 25-26.

Lecq, S.G. van der (2009), Pensioenmarkten in spannende tijden, *TPEdigitaal*, vol. 3(3), pp. 138-157.

Lecq, S.G. van der (2011), Markten en mededinging in de Nederlandse pensioensector, Het *Verzekerings-Archief* 2011(2).

Loozen E.M.H. (2010). Pavlov en Van der Woude: meer dan een Pavlov-reactie?, NtEr 2000/12.

Lutjens E. (1989). Pensioenvoorzieningen voor werknemers, diss., Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1989.

Lutjens E. (1999), *De Wet Bpf*, Deventer: Kluwer.

Lutjens E. (2004). Pensioenvoorziening bij CAO, SR 2004, 53.

Lutjens E. (2007). Verplichte pensioenfondsen en de Pensioenwet, WPNR 2007/6704.

Lutjens E. (2013). De pensioenovereenkomst, in: E. Lutjens (red.), Pensioenwet Analyse en commentaar, vierde druk, Deventer: Kluwer, 2013.

Maatman R.H. en A. Steneker, (2015a), Ringfencing binnen het algemeen pensioenfonds en andere pensioenuitvoerders, NEA Papers nr. 60, Netspar: Tilburg.

Maatman R.H. en A. Steneker, A., (2015b) Het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds, Ondernemingsrecht 2015/31.

Meerten H. Van (2012). Vrij verkeer van diensten voor verzekeraars en pensioeninstel¬lingen: Solvency II basic en de verplichtstelling, TFR 2012/7-8.

NMa (2009). Misbruik van een economische machtspositie. Den Haag: Nederlandse Mededingingsautoriteit.

Offerhaus E.J. (1953). Bedrijfspensioenfondsen, diss., Rotterdam: Van Veen & Scheffers, 1953.

Peters S.S.M. en R.M. Beltzer (red.) (2013). Inleiding Europees Arbeidsrecht, tweede druk, Deventer: Kluwer, 2013.

Poel M.J.C.M. van der (2013). De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen, Amsterdam: Expertisecentrum Pensioenrecht Vrije Universiteit Amsterdam, 2013.

Prechal S. en S.A. De Vries (2008). Viking/Laval en de grondslagen van het internemarktrecht, SEW 2008/183.

Saanen N. (2013). Wegen door Brussel. Staatssteun en publieke belangen in de vervoersector, diss., Delft: Next Generation Infrastructures Foundation, 2013.

Schlössels R.J.N. en S.E. Zijlstra (2010). Besturen in de sociale rechtsstaat, zesde druk, Deventer: Kluwer, 2010.

Schouten E.A.P. (2012). Waarom bieden verzekeraars niet grensoverschrijdende pensioenen aan?, TFR 2012/7-8.

SER (2003), *Evaluatie en aanpassing Mededingingswet*, SER-advies 03/06, Den Haag.

Sluijs J.J.M. (2004). Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen, diss., Deventer: Kluwer, 2004.

Stege A. (2004). De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners, diss., Deventer: Kluwer, 2004.

Steyger E. (2010). Pensioenfondsen, het kartelverbod en de kwalificatie van hun activiteiten, in: T.W.B. Beukers, H.J. van Harten en S. Prechal (red.), Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2010.

Steyger E. (2012). Vrij verkeer en mededinging. Toenadering van privaat- en publiekrecht, NJB 2012/1758.

Steyger E. (2014): Vrij verkeer en mededinging: de interne situatie, SEW 2014/2.

Stevens Y. (2004). The Meaning of "National Social and Labour Legislation" in Directive 2003/41/EC on the Activities and Supervision of Institution for Occupational Retirement Provision, Brussel: AIEP, 2004, www.aeip.net.

Tulfer P.M. (1997). Pensioenen, fondsen en verzekeraars, tweede druk, Deventer: Kluwer, 1997.

Whish R. en D. Bailey (2011). Competition Law, zevende druk, Oxford: Oxford University Press, 2011.

Wijk van, Konijnenbelt & Van Male (2014). Hoofdstukken van bestuursrecht, zestiende druk, Deventer: Kluwer, 2014.

Witte I. (2014). Het algemeen pensioenfonds en de taakafbakening, Netspar Design Paper 33, Tilburg: Netspar, 2014.

Witte I. (2015). Wetsvoorstel algemeen pensioenfonds, in: E. Lutjens (red.), Verder kijken naar toezicht gegevens checken, Amsterdam: Expertisecentrum Pensioenrecht Vrije Universiteit Amsterdam, 2015.

Bijlage A Gesprekspartners

Gesprekspartner	**Werkzaam bij**
Jan Veltman	ACM
Tjerk Kroes	APG
Jean Paul Vosse	De Nederlandsche Bank
Herma Geboers en Maurice Sarton	Delta Lloyd
Tim Burggraaf	Mercer
Gerard Riemen	Pensioenfederatie
Jaap Bikker	Universiteit van Utrecht
Harold Herbert en Mieke Westing	Verbond van Verzekeraars
René Maatman	De Brauw Blackstone Westbroek en Radboud Universiteit

Bijlage B Overzicht jurisprudentie van het HvJ EU inzake economische activiteit

I Poucet en Pistre[166]

Geen economische activiteit zijn de werkzaamheden van ziekenkassen of de organen die meewerken aan het beheer van de sociale zekerheid. Dergelijke instellingen vervullen een taak van zuiver sociale aard, waarbij hun werkzaamheden berusten het beginsel van nationale solidariteit. Tevens ontbreekt ieder winstoogmerk. Verder verstrekken zij wettelijke uitkeringen waarvan de hoogte niet afhangt van de betaalde premies.

II Fédération française[167]

Wel een economische activiteit zijn de werkzaamheden van een orgaan dat een regeling ter aanvulling van een verplicht basisstelsel van pensioen uitvoert, waarin deelneming vrijwillig is en dat werkt op basis van het kapitalisatiebeginsel en waarbij de hoogte van de uitkeringen uitsluitend afhingen van de betaalde premies en het behaalde beleggingsrendement. Vanwege de vrijwillige deelneming had de solidariteit, de premies hingen niet af van het risico, sterftewinst kwam ten gunste van het collectief, premievrijstelling bij ziekte en de mogelijkheid om premiebetaling op te schorten vanwege de economische situatie van het bedrijf, slechts "een uiterst beperkte strekking" en ontnam niet het economische karakter van de activiteiten. Door deze solidariteit, door het nastreven van een sociaal doel en door andere regels over de rechten en verplichtingen van het orgaan en van de deelnemer kon de dienst van het orgaan weliswaar minder concurrerend zijn dan de vergelijkbare dienstverrichting van een verzekeraar maar dat maakte de dienst niet minder een economische activiteit. Hetzelfde gold voor het ontbreken van een winstoogmerk aangezien de activiteiten van het orgaan kunnen leiden tot gedrag dat het mededingingsrecht wil voorkomen.

III Albany [168] [169]

Eveneens is een economische activiteit de werkzaamheden van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. Bepalend hiervoor is dat het bedrijfstakpensioenfonds zelf de hoogte van de premies en die van de uitkeringen bepaalt, werkt volgens het kapitalisatiebeginsel en waarbij de hoogte van de uitkeringen derhalve afhangt van de beleggingsopbrengsten. Verder moet het bedrijfstakpensioenfonds vrijstelling verlenen aan een onderneming die al een ten minste gelijkwaardige pensioenregeling had ten minste zes maanden voor het verzoek tot verplichtstelling van het bedrijfstakpensioenfonds, en "[b]ovendien" kan het bedrijfstakpensioenfonds vrijstelling verlenen aan een onderneming die uittreedt indien die onderneming een ten minste gelijkwaardige regeling elders

---

166 HvJ 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91 (*Poucet en Pistre*), Jur. I-00637, r.o. 18-19.
167 HvJ 16 november 1995, C-244/94 (*Fédération française*), Jur. 1995 I-04013, r.o. 17, 19- 21.
168 HvJ 21 september 1999, C-67/96 (*Albany*), Jur.1999 I-05751, r.o. 81-84.
169 In dit rapport wordt steeds in lijn met de (internationale) gewoonte gerefereerd aan *Albany* en niet ook aan de samenhangende zaken HvJ 21 september 1999, gevoegde zaken C-115/97 tot en met C-117/97 (*Brentjens*), Jur. I-06025 en HvJ 21 september 1999, C-219/97 (*Drijvende Bokken*), Jur. I-05121.

heeft en een naar het oordeel van de Verzekeringskamer redelijke compensatie biedt voor eventueel verzekeringstechnisch nadeel. [170]

IV Pavlov[171]

Ten aanzien van een verplicht gestelde beroepspensioenregeling handelen medisch specialisten als ondernemingen – in tegenstelling tot "eindverbruikers" - wat betreft het betalen van premies. Het betalen van premies houdt namelijk nauw verband met het de beroepswerkzaamheden, nu de (verplichte) deelneming voortspruit uit de beroepsuitoefening (het ging immers om een *beroeps*pensioenregeling, IW). Dat geldt temeer vanwege de hoge mate van solidariteit tussen de beroepsgenoten: de bijdragen zijn niet gekoppeld aan de risico's, er geldt een acceptatieplicht zonder voorafgaande keuring, de regeling kende premievrije voortzetting bij arbeidsongeschiktheid, het aansluiten van beroepsgenoten met terugwerkende kracht voor tijdvakken voorafgaand aan de inwerkingtreding van de regeling en een regeling van indexatie.

V Cisal[172]

Een wettelijke verzekeringsregeling tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten voorziet in een verplichte sociale bescherming, en streeft daardoor een sociaal doel na. Een dergelijke regeling beoogt alle beschermde personen een dekking te bieden, ongeacht het bestaan van civielrechtelijke aansprakelijkheid. Het sociale doel van de regeling blijkt bovendien uit de verplichting om ook uit te keren als de premie niet is voldaan. Het sociale doel op zich is echter niet voldoende om kwalificatie als economische activiteit uit te sluiten, waarbij het HvJ verwijst naar *Pavlov*. Daarvoor is nog vereist dat a) de regeling uitgaat van het solidariteitsbeginsel, en b) dat de uitvoerder van de regeling onderworpen is aan staatstoezicht.

Concreet was aan de eis van solidariteit voldaan wegens het ontbreken van een rechtstreekse band tussen de premies en de uitkeringen (de regeling zorgde voor subsidiering van hogere naar lagere inkomens). Eveneens was de uitvoerder onderworpen aan staatstoezicht; de premies en de uitkeringen werden uiteindelijk door de overheid vastgesteld. Verder was de verplichte aansluiting onmisbaar voor het financiële evenwicht en voor het uitvoeren van het solidariteitsbeginsel (geen evenredigheid tussen premie en uitkering). Om die redenen vervulde de uitvoerder een functie van uitsluitend sociale aard en geen economische activiteit.

VI AOK[173]

Geen activiteiten van economische aard verrichtten ziekenfondsen die meewerkten aan het beheer van het sociale zekerheidsstelsel. Zij vervulden een taak van zuiver sociale aard, op basis van solidariteit en zonder winstoogmerk en hadden geen enkele invloed op de verstrekkingen. Verder vielen alle ziekenfondsen onder een vereveningsstelsel, dat diende voor een evenwichtige verdeling van kosten en risico's. Dergelijke instellingen concurreren noch onderling noch met verzekeraars. Daardoor hebben dergelijke ziekenfondsen veel weg van de organen die aan de orde waren in *Poucet*

---

170 Beslissend lijkt het zelf bepalen van de hoogte van de premie en de uitkeringen en het werken volgens het kapitalisatiebeginsel, zie HvJ 16 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01 (AOK), Jur. 2004 I-02493, r.o. 50: "Het Hof leidde daaruit [het bepalen van de premie en uitkeringen en het kapitalisatiebeginsel, IW] af dat een dergelijk fonds een economische activiteit uitoefent in concurrentie met de verzekeringsmaatschappijen".

171 HvJ 12 september 2009, gevoegde zaken C-180-184/98 (*Pavlov*), Jur. I-06451, r.o. 79-82.

172 HvJ 22 januari 2002, C-218/00 (*Cisal*), Jur. I-00691, r.o. 34-45.

173 HvJ 16 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01 (*AOK*), Jur. 2004 I-02493, r.o. 51-55.

en Pistre en in *Cisal* en moet worden aangenomen dat zij geen activiteiten van economische aard verrichten. Ofwel, "*full* competition and *complete* solidarity are mutually exclusive, but also […] competition and solidarity are a matter of degree".[174]

VII FENIN[175]

De beheersorganen van het Spaanse nationale ziektekostenstelsel waren goed voor ongeveer 80% van de inkoop van medische hulpmiddelen en instrumenten. De verkopers daarvan klaagden over deze machtspositie. Het HvJ verbond de kwalificatie van de aard van de inkoopactiviteit aan het latere gebruik van de ingekochte goederen. Nu het latere gebruik, het verlenen van medische zorg, geen economische activiteit was gold dat ook voor de inkoop.

VIII Kattner[176]

Ten aanzien van de kwalificatie als onderneming vangt het HvJ in *Kattner* aan met het benoemen van de uitvoeringsinstelling als publiekrechtelijk instelling die meewerkt aan het beheer van een sociaal zekerheidsstelsel en dienaangaande een taak van zuiver sociale aard vervult, die ieder winstoogmerk mist. Het HvJ sluit hier aan bij *AOK* zoals hierboven besproken. Vervolgens oordeelt het HvJ in lijn met *Cisal* dat een wettelijk stelsel van verzekering tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten van oudsher behoort tot de sociale bescherming die lidstaten bieden, en dat een dergelijk regeling een sociaal doel nastreef doordat het voorziet in verplichte sociale bescherming voor alle werknemers.[177] Het HvJ wijst daarbij op de vaste rechtspraak dat het gemeenschapsrecht de bevoegdheid van de lidstaten om hun sociale zekerheidsstelsel in te richten onverlet laat.[178] Voor de dekking van de verzekering is civielrechtelijke aansprakelijkheid niet vereist, en bovendien vindt uitkering ook plaats indien de premies niet zijn betaald.[179] Echter, het sociale doel op zich is onvoldoende om kwalificatie als economische activiteit te ontlopen.[180] Daarvoor geldt een tweeledige toets, te weten a) of de regeling geacht kan worden het solidariteitsbeginsel ten uitvoer te leggen, en b) in hoeverre de regeling aan staatstoezicht is onderworpen.[181]

Ten aanzien van het solidariteitsbeginsel hanteert het HvJ als criterium dat de bijdrage niet stelselmatig evenredig zijn aan het verzekerde risico.[182] Concreet hingen de bijdragen namelijk mede af van het loon van de verzekerde, tussen een bepaald minimum en een bepaald maximum, van de financiële behoeften van de uitvoerder als gevolg van uitkeringen in het voorafgaande jaar (bedoeld is waarschijnlijk dat de premie mede diende om tekorten in te lopen) waardoor de risico's gemeenschappelijk werden gedragen, en van het hanteren van bedrijfstakeigen risicoklassen (vrij vertaald: actuariële grondslagen).[183] Bovendien droegen uiteindelijk alle uitvoeringsinstellingen, vijfentwintig landelijk, gemeenschappelijk de risico's, waarvoor er een vereveningsstelsel was.[184] Aan het soli-

174 Drijber (2005), p. 527.
175 HvJ 11 juli 2006, C-205/03 P (*FENIN*), Jur. I-06295, r.o. 26.
176 HvJ 5 maart 2009, C-350/07 (*Kattner*), Jur. I-01513, r.o. 35.
177 *Kattner*, r.o. 36 en r.o. 38.
178 *Kattner*, r.o. 37.
179 *Kattner*, r.o. 40-41.
180 *Kattner*, r.o. 42, met verwijzing naar *Albany*, r.o. 86, *Pavlov*, r.o. 118 en *Cisal*, r.o. 37.
181 *Kattner*, r.o. 43, met verwijzing naar *Cisal*, r.o. 43.
182 *Kattner*, r.o. 44, met verwijzing naar *Cisal*, r.o. 39.
183 *Kattner*, r.o. 45-47.
184 *Katnner*, r.o. 48, met verwijzing naar *Poucet en Pistre*, r.o. 12, en *AOK*, r.o. 53.

daire karakter deed niet af dat er geen maximumbedrag voor de premies was, de uitvoering plaatsvond door een oligopolie van meerdere instellingen en de instellingen de bevoegdheid hadden een uniforme minimumbijdrage vast te stellen.[185]

Ten aanzien van het staatstoezicht had de uitvoerder weliswaar (enige) marge om de bijdragegrondslag en actuariële factoren vast te stellen, maar dat kon volgens het HvJ de aard van de activiteit niet veranderen, omdat die marge "wettelijk voorzien en strikt afgebakend" was.[186]

IX AG2R[187]

AG2R was de uitvoerder van een verplichte aanvullende zorgverzekering. Sociale partners waren deze aanvullende regeling overeengekomen in collectieve onderhandelingen. Op verzoek van sociale partners was deze overeenkomst algemeen verbindend verklaard. De keuze voor de uitvoerder lag bij sociale partners. Er was geen mogelijkheid van vrijstelling.

Wat betreft de kwalificatie van de werkzaamheden stelt het HvJ eerst vast dat AG2R een sociaal doel nastreeft. Het ging om een privaatrechtelijke rechtspersoon zonder winstoogmerk die het risico van arbeidsongevallen en ziekte verzekerde, waarbij ook bij het ontbreken van premiebetaling werd uitgekeerd, en er een acceptatieplicht en een uniforme premie gold.[188]

Wat betreft de toets op het solidariteitsbeginsel is er volgens het HvJ een hoge mate van solidariteit. Dit volgt uit de uniforme en vaste premie (die derhalve niet afhangt van factoren als leeftijd, gezondheid of het risicoprofiel van de functie van de werknemer) die door werkgever en werknemer samen wordt gedragen. Hierdoor is er geen evenredigheid tussen de premie en de uitkering.[189] Ook was er sprake van uitkering zonder dat premies waren betaald.[190]

AG2R slaagt echter bij het HvJ niet voor de toets op de omvang van het overheidstoezicht. Aan de ene kant lag de beslissingsbevoegdheid over de inhoud van de regeling en het toezicht op de uitvoering tot zekere hoogte bij sociale partners. Aan de andere kant beschikt AG2R over een bepaalde mate van autonomie: sociale partners waren niet verplicht de uitvoering aan AG2R op te dragen (dat had ook aan een verzekeringsmaatschappij gekund), terwijl AG2R niet verplicht wat het beheer van de regeling op zich te nemen, en daardoor een bepaalde onderhandelingsmarge had ten aanzien van de voorwaarden voor de uitvoering – wat van invloed zou kunnen zijn op de werking van het stelsel in zijn geheel.[191] Het HvJ legt dan ook bij de verwijzende rechter de taak neer om de omstandigheden waarin AG2R is aangewezen als uitvoerder en de onderhandelingsmarge die AG2R daarbij had nader te onderzoeken. Uit dat onderzoek zou kunnen blijken dat AG2R een economische activiteit uitoefent "en op basis van financiële en economische overwegingen door de sociale partners is verkozen boven andere ondernemingen waarmee zij in concurrentie treedt op de markt voor de door haar aangeboden voorzieningen".[192]

---

185 *Kattner*, r.o. 50-54.
186 *Kattner*, r.o. 60-62.
187 HvJ 3 maart 2011, C-437/09 (*AG2R*), Jur. I-00973, r.o. 23.
188 *AG2R*, r.o. 43-44.
189 *AG2R*, r.o. 48-50.
190 *AG2R*, r.o. 51.
191 *AG2R*, r.o. 54-64.
192 *AG2R*, r.o. 65.

seo economisch onderzoek

Roetersstraat 29 . 1018 WB Amsterdam . T (+31) 20 525 16 30 . F (+31) 20 525 16 86 . www.seo.nl